

Klaus-Jürgen Haupt

Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Gewande der privatrechtlichen Gesellschaft

Probleme des kommunalen Organisationsrechts in
Nordrhein-Westfalen

Disbui. Bochum

1988



WIRTSCHAFTLICHE BETÄTIGUNG VON
KOMMUNEN IM GEWANDE DER
PRIVATRECHTLICHEN GESELLSCHAFT

Probleme des kommunalen Organisationsrechts in
Nordrhein-Westfalen

Inauguraldissertation

zur

Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch die rechtswissenschaftliche
Fakultät der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von

Klaus-Jürgen Haupt

Beigeordneter der Stadt Mönchengladbach

Dekan:

Professor Dr. E. Schwark

Erstberichterstatter:

Professor Dr. P. J. Tettinger

Zweitberichterstatter:

Professor Dr. W. Loschelder

Tag der mündlichen Prüfung:

9. Februar 1988

Meiner Frau Ilma
in Dankbarkeit



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546619_0012

Inhaltsverzeichnis

	Seite
<u>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</u>	X
<u>LITERATURVERZEICHNIS</u>	XIX
<u>EINLEITUNG</u>	1
E R S T E R T E I L	
Zu den Rechtsgrundlagen wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen in Rechtsformen von Gesellschaften des privaten Rechts	10
I. Die Rechtsgrundlagen nach dem nordrhein- westfälischen Landesrecht	10
II. Die Rechtsformenwahl als verfassungsrecht- liches Problem - zugleich Ableitung der Zu- lässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betäti- gung aus dem Grundgesetz	11
III. Historische Einordnung der landesgesetz- lichen Bestimmungen	15
Z W E I T E R T E I L	
Die grundlegenden Begriffe des § 89 und des § 88 GO NW	19
I. Der Begriff der Gesellschaft im Sinne von § 89 GO NW	19

II

II. Die Bestimmung des Gesellschaftszwecks aufgrund des § 89 GO NW	24
1) Der Begriff des wirtschaftlich betriebenen Unternehmens im Sinne der §§ 89, 88 GO NW	27
2) Der Begriff des nicht wirtschaftlich betriebenen Unternehmens im Sinne des § 89 Abs. 2 GO NW	36
a) § 88 Abs. 2 GO NW als Begriffsbe- stimmung?	39
aa) Die "Nicht-Geltung" in § 88 Abs. 2 GO NW	40
bb) Anwendbarkeit des § 88 Abs. 2 GO NW im Rahmen des § 89 GO NW	45
b) Andere Kriterien zur Begriffsklärung	48
3) Zusammenfassung	52

D R I T T E R T E I L

Die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen	55
I. Gründung und Beteiligung	55
1) Zu den Begriffen im allgemeinen	55
2) Sonderformen der Beteiligung an Gesellschaften des privaten Rechts	59
a) Mittelbare Beteiligungen	59
b) Konzernbildung und Holding- Gesellschaften	62

III

II. Die Zulassungsvoraussetzungen für die Gesellschaft, die auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist	64
1) Das Erfordernis des dringenden öffentlichen Zwecks	66
a) Subsumtion als gemeindliches Privileg	67
b) Versuch einer Begriffsbestimmung "öffentlicher Zweck"	71
c) Das hinzutretende Element der Dringlichkeit	77
d) Die Erforderlichkeit anstelle einer bloßen Rechtfertigung	79
2) § 88 Abs. 1, Ziffer 1, 2. Halbsatz GO NW - Subsidiaritätsklausel oder Funktionssperre?	81
3) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des § 88 Abs. 1, Ziffer 2 GO NW	85
4) Zwischenergebnis	86
5) Die Haftungsbegrenzung nach Gesellschaftsrecht	89
a) Für die gemeindewirtschaftliche Betätigung unzulässige Gesellschaftsformen	90
b) Zulässige Organisationsformen nach Gemeinde- wie Gesellschaftsrecht	91

IV

c) Problemfälle	92
aa) Kommanditaktionär und stiller Gesellschafter	92
bb) Die Gesellschaft des bürger- lichen Rechts	95
d) Resümee	97
6) Die Prüfung der Wirtschaftlichkeit	98
a) Aktiengesellschaft	99
b) Kommanditgesellschaft auf Aktien	99
c) Gesellschaft mit beschränkter Haftung	99
III. Zulassungsvoraussetzungen für die Gesellschaft, die auf den Betrieb eines nicht wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist	102
1) Das wichtige Interesse im Sinne von § 89 Abs. 2 GO NW	103
2) Keine gesellschaftsrechtliche Haftungsbegrenzung	106
3) Verzicht auf den Verhältnismäßig- keitsnachweis (§ 88 Abs. 1, Ziffer 2 GO NW)?	107
4) Die Prüfung der Wirtschaftlichkeit	109
5) Zusammenfassung	109

IV. Die Anzeigeverpflichtung gegenüber der Aufsichtsbehörde	111
--	-----

V I E R T E R T E I L

Zu den Motiven wirtschaftlicher Betätigung in Rechtsformen von Gesellschaften des privaten Rechts	113
---	-----

I. Allgemeines zum Gang der Untersuchung	114
--	-----

II. Die den Gesellschaftsgründungen zugrunde liegenden formellen und materiellen Begründungen	115
---	-----

1) Schaffung außerhalb der Verwaltung stehender selbständiger Organisations- einheiten - Dezentralisierung	116
--	-----

a) Organisationsprivatisierung in Abhängigkeit von der spezifischen kommunalen Aufgabenstellung	117
---	-----

b) Abhängigkeit von Verwaltungsorga- nisation und privatisierungsgeneigten Aufgabenstellungen?	120
--	-----

c) Dezentralisierung infolge zunehmender kommunalpolitischer Bedeutung	123
---	-----

d) Dezentralisierung infolge zunehmender Verwaltungsunverträglichkeit	129
--	-----

e) Dezentralisierung als Konsequenz kommunaler Aufgabenfülle	142
---	-----

VI

f) Dezentralisierung zur Minderung der politischen Einflußnahme	144
aa) Einflußnahme auf Personalentscheidungen	145
bb) Einflußnahme auf den Willensbildungs- und Entscheidungsprozeß	147
g) Verlagerung von Verantwortlichkeiten	150
h) Trennung von Entscheidungsverantwortlichkeit und Kontrolle	153
2) Überwindung öffentlich-rechtlichen formellen Organisationsrechts	155
a) Größere Flexibilität bei Gründung und Wiederauflösung	155
b) Entbindung von der Formstrenge des kommunalen Verfassungs- und Verfahrensrechts	159
aa) Das Beschlußverfahren	159
bb) Der Öffentlichkeitsgrundsatz	162
c) Anwendung marktwirtschaftlicher Prinzipien	164
aa) Nutzung von privatem Sachverstand und privater Initiative unter Beteiligung außerhalb der Verwaltung stehender Dritter	164

VII

bb) Größere Flexibilität in der Personalwirtschaft	167
(1) Verwirklichung des Management- Gedankens	167
(2) Mitbestimmung der Arbeitnehmer	170
cc) Loslösung von den zwingenden Rege- lungen öffentlicher Finanzwirtschaft	175
(1) Das autonome Rechnungswesen	175
(2) Autonome Finanzierungspolitik	176
α) Erleichterte Kreditaufnahme	177
β) Kapitalbeschaffung bei Betei- ligung Dritter	178
(3) Folgewirkungen	180
(4) Flexibleres Vergabewesen	181
dd) Die Ersparnis von Steuern, ein- schließlich der Gewährung von Zuweisungen und Zulagen	183
(1) Die steuerrechtlichen Aspekte	184
(2) Zuweisungen und Zulagen	191
d) Wegfall der Kommunalaufsicht	193
e) Begrenzung der Haftung	195



VIII

aa) Die einzelnen Haftungstatbestände	196
bb) Haftungsbeschränkungen vermögensrechtlicher Art	200
f) Sonstige Gründe	203

F Ü N F T E R T E I L

Kritische Bewertung der Organisationsprivatisierung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht	209
I. Die Handhabung des Subsumtionsprivilegs	210
II. Kritische Anmerkungen zu einigen Motiven wirtschaftlicher Betätigung in den Rechtsformen von Gesellschaften des privaten Rechts	213
1) Die sachkundigen Mitglieder in den Aufsichtsgremien	214
2) Vernachlässigung des Management-Gedankens	216
3) Die Absicht, Steuern zu sparen	219
III. Die Verpflichtung des Gesellschafters zur Ingerenz	221
1) Das weisungsgebundene Mandat zur Wahrung und Kontrolle der gemeinschaftlichen Zielsetzung	222

IX

a) Weisungsgebundenes Mandat in der Aktiengesellschaft	224
b) Weisungsgebundenes Mandat in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung	226
c) Abberufung der Mandatsträger	228
d) Resümee	229
2) Andere Überlegungen zur Sicherung der kommunalen Ingerenz- oder Einwirkungsbefugnisse	231
a) Die konkrete Festlegung des Gesellschaftszwecks	231
b) Übersicht über die spezifisch aktiengesetzlichen Einwirkungsmöglichkeiten	233
c) Die Wirtschaftlichkeitskontrolle	235
d) Resümee	237
3) Praktische Aspekte zur Kontroll- und Einwirkungsverpflichtung, insbesondere die "Defizitproblematik"	241

S E C H S T E R T E I L

SCHLUSSBETRACHTUNGEN	247
----------------------	-----

ANLAGEN	258
---------	-----

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
a.a.O.	am angeführten Ort
AbfG	Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen (Abfallgesetz-AbfG) vom 27.8.1986 (BGBl. I S. 1410)
Abs.	Absatz/Absätze
a.F.	alte Fassung
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz in der Fassung vom 6. September 1965 (BGBl. III 4121-1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.1985 (BGBl. I, S. 2355)
AÖR	Archiv des Öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAT	Bundes-Angestellten-Tarifvertrag
Bay GO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (Gemeindeordnung-GO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.10.1982- Bay RS 2020-1-1-I
Bay GO 1927	Bayerische Gemeindeordnung vom 17. Oktober 1927 (GVBl. S. 293)
Bay RS	Bayerische Rechtssammlung
BayVbl	Bayerische Verwaltungsblätter

XI

Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz vom 15. Januar 1972 (BGBI. I, S. 13)
BetrVG 1952	Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952 (BGBI. I, S. 681)
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesge- richtshofs in Zivilsachen
BiRiLiG	Bilanzrichtlinien-Gesetz vom 19.12.1985 (BGBI. I, S. 2355)
BK	Bonner Kommentar
Bst.	Buchstabe/Buchstaben
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesver- fassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesver- waltungsgerichts
ders.	derselbe
DGO	Deutsche Gemeindeordnung (DGO) vom 30. Januar 1935 (RGBl. I S. 49)
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung

XII

DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EigBetrVO NW	Eigenbetriebsverordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 22.12.1953 (GV NW S. 181), zuletzt geändert durch VO vom 3.9.1984 (GV NW S. 568)
einschl.	einschließlich
EntschVO	Verordnung über die Entschädigung der Mitglieder kommunaler Vertretungen und Ausschüsse (Entschädigungsverordnung-EntschVO) vom 13. März 1975 (GV NW, S. 268), zuletzt geändert durch VO vom 10. Dezember 1984 (GV NW S. 751)
Erl.	Erläuterungen
EstG	Einkommensteuergesetz-EStG (1986)-in der Fassung vom 15. April 1986 (BGB1. I, S. 441)
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FN	Fußnote/Fußnoten
GB1.	Gesetzblatt Baden-Württemberg
GemH	der Gemeindehaushalt
GemHVO	Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplanes der Gemeinden-Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) vom 6.12.1972 (GV NW S. 418), berichtigt in GV NW 1973, S. 24
GemO BW	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg in der Fassung vom 3. Oktober 1983 (GB1. S. 578), geändert durch Gesetz vom 23. Juli 1984 (GB1. S. 474) und durch Gesetz vom 17. Dezember 1984 (GB1. S. 675)

XIII

GemO Rh. Pf.	Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz (GemO) vom 14.12.1973 (GVBl. S. 419), zuletzt geändert durch Landesgesetz vom 27.03.1987 (GVBl. S. 64)
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, in der Fassung der Novelle vom 9. Oktober 1973 (BGBI. I, S. 1451), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.1985 (BGBI. I, S. 2355)
GewStDV 1978	Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung in der Fassung vom 26.1.1979 (BGBI. I, S. 114), geändert durch VO vom 25.4.1980 (BGBI. I, S. 487)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBI. S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.12.1983 (BGBI. I, S. 1481)
GkG	Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit-GkG- in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.10.1979 (GV NW, S. 621), zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.6.1984 (GV NW S. 362)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (RGBI. S. 477) in der Fassung vom 20. Mai 1898 (BGBI. III, 4123-1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.05.1986 (BGBI. I, S. 721)
GO NW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. August 1984 (GV NW S. 475)

XIV

GO Schl.H.	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein vom 24. Januar 1950 (GVOBl. 25) in der Fassung vom 22.12.1972 (GVOBl. 251)
GS	Preußische Gesetzessammlung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) in der Fassung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I, S. 1077) zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.01.1987 (BGBl. I, S. 475)
GV NW	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
GVOBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (BGBl. III 4100-1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.12.1986 (BGBl. I, S. 2478)
HGO	Hessische Gemeindeordnung in der Fassung vom 1. April 1981 (GVBl. 1981, S. 66)
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder vom 19.8.1969 (BGBl. III 63-14)
HKWP	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 1. Aufl., Bd. I-III; 2. Aufl., Bd. 1-5;
HS	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
InvZulG	Investitionszulagengesetz-InvZulG- in der Fassung vom 2.1.1979 (BGBl. I, S. 24)
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von

i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JURA	Juristische Ausbildung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktienbasis
KGSt	Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung
KrO NW	Kreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen in der Fassung vom 13. August 1984 (GV NW, S. 475)
KStG	Körperschaftsteuergesetz-KStG (1984) in der Fassung vom 10. Februar 1984 (BGBI. I, S. 217)
KStR	Körperschaftsteuer-Richtlinien-KStR 1985- in der Fassung vom 30. Dezember 1985 (BStBl. 1986, I, Sondernummer 1)
KVRG	Gesetz über den Kommunalverband Ruhrgebiet vom 27. August 1984 (GV NW S. 538)
LG	Landgericht
LHO	Landeshaushaltsordnung (LHO) in der Fassung vom 14. Dezember 1971 (GV NW S. 397)
LPVG NW	Landespersonalvertretungsgesetz NW (LPVG) in der Fassung vom 3. Dezember 1974 (GV NW S. 1514)
LVerbO NW	Landschaftsverbandsordnung für das Land Nordrhein-Westfalen in der Fassung vom 27. August 1984 (GV NW S. 544)

MBL.	Ministerialblatt
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NGO	Niedersächsische Gemeindever- ordnung in der Fassung vom 22.06.1982 (GVBl. S. 229), zu- letzt geändert durch Gesetz vom 13.10.1986 (GVBl. S. 323)
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NotVO	Notverordnung vom 6. Oktober 1931 (RGBl. I, S. 537)
NW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwal- tungsrecht
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrGfG	Preußisches Gemeindefinanzge- setz in der Fassung vom 15.12. 1933 (GS S. 442)
RdErl.	Runderlaß
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rndnr.	Randnummer
RuPrMdl	Reichs- und Preußischer Mini- ster des Inneren
S.	siehe
S.	Seite
Saarl. KSVG	Kommunalselbstverwaltungsgesetz (KSVG) in der Fassung der Be- kanntmachung vom 01.09.1978 (Amtsblatt S. 801), zuletzt ge- ändert durch Gesetz vom 11.06.1986 (Amtsblatt S. 526)

XVII

SpkG	Gesetz über die Sparkasse sowie über die Girozentrale und Sparkassen- und Giroverbände (Sparkassengesetz-SpkG) in der Fassung vom 2. Juli 1975 (GV NW S. 660)
u.	und
u.a.	unter anderem
UmwG	Umwandlungsgesetz in der Fassung vom 6. November 1969 (BGBI. I, S. 2081)
UmwStG	Gesetz über steuerliche Maßnahmen bei Änderung der Unternehmensform-UmwStG(1977), in der Fassung vom 6. September 1976 (BGBI. I, S. 2641)
UStG	Umsatzsteuergesetz-UStG(1980), in der Fassung vom 26. November 1979 (BGBI. I, S. 1953)
VB1BW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VGH NW	Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teile A und B
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen, ausgenommen Bauleistungen, Teile A und B
VOP	Verwaltungsführung, Organisation, Personalwesen
VR	Verwaltungsgrundschau
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer

XVIII

VVO zur GO NW	RdErl. des Innenministers NW vom 4.9.1984 (MBl. NW, S. 1156)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung- VwGO, in der Fassung vom 21.1.1960 (BGBl. I, S. 17), zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.12.1986 (BGBl. I, S. 2191)
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919
zit.	zitiert
ZögU	Zeitschrift für öffentliche ge- meinwirtschaftliche Unternehmen
z.T.	zum Teil

Literaturverzeichnis

- Achterberg, Norbert: Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg 1986
- Altenmüller, Reinhard: Die Wirtschaftsförderung kommunaler Gebietskörperschaften, in: VBlBW 1981, 201 ff.
- Ambrosius, Gerold: Ansätze einer gemeinwirtschaftlichen Theorie öffentlicher Unternehmen in der Weimarer Republik, in: ZögU, Bd. 3, Heft 2, 1980, S. 141 ff.
- Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl. Berlin 1933.
zit. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs
- Bachof, Otto: Diskussionsbeitrag zu dem Beratungsgegenstand: Die öffentliche Anstalt, in: VVDStRL 44 (1986), 169 (257)
- Badura, Peter: Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963
- Baumbach/Duden/Hopt: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht, (ohne Seerecht), 26. Aufl. München 1985.
zit. Baumbach/Duden/Hopt, HGB

- Baumbach/Hueck:** Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 14. Aufl., München 1985. zit. Baumbach/Hueck, GmbHG
- Becker, Bernd:** Bundesverwaltung durch privatrechtlich organisierte Bundesunternehmen,
in: ZöGÜ, Bd. 1, Heft 4, 1978, S. 1 ff.
- ders.:** Typische Eigenschaften der privatrechtlich organisierten Bundesverwaltung. Zugleich ein Versuch der Neubestimmung des Verwaltungsbegriffs,
in: Die Verwaltung 1979, 161 ff.
- Becker, Ulrich:** Aufgabenerfüllung durch selbstständige Betriebseinheiten aus der Sicht der Großstadt,
in: Wagener, Frido, Regierbarkeit? Dezentralisierung? Entstaatlichung?
Bonn 1976, S. 91 ff..
zit. Becker in: Wagener, Regierbarkeit?
- Bethge, Herbert:** Staatshaftung für den staatsfreien Rundfunk?
in: Beiträge zum Rundfunkrecht, Heft 18, Frankfurt a. Main 1978.
zit. Bethge, Staatshaftung für den staatsfreien Rundfunk?
- Böckstiegel, Karl-Heinz:** Der Durchgriff auf den Staat, Thesen zur funktionellen Identifizierung staatlichen Handelns, Frankfurt a. Main 1972.
zit. Böckstiegel, Der Durchgriff auf den Staat
- Bonner Kommentar:** Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1950 ff.

- Büchner, Wolfgang: Die rechtliche Gestaltung kommunaler öffentlicher Unternehmen. Grenzen und Möglichkeiten der gemeindlichen Organisationshoheit unter besonderer Berücksichtigung der Arbeitnehmermitbestimmung am Beispiel der Verkehrs- und Versorgungseinrichtungen, Frankfurt a. Main, 1982.
zit. Büchner, Die rechtliche Gestaltung
- Burmeister, Joachim: Selbstverwaltungsgarantie und wirtschaftliche Betätigung der Kommunen,
in: HKWP 5, S. 1 ff.
- Decker, Heinrich: Einzelfragen zum neuen Gemeindegewirtschaftsrecht in Nordrhein-Westfalen,
in: GemH 1979, 221 ff.
- Degenhardt, Christl: Der Durchgriff auf den Staat bei Beteiligung der öffentlichen Hand an Gesellschaften des privaten Rechts, Diss., Berlin 1980.
zit. Degenhardt, Durchgriff auf den Staat
- Denkert, Manfred: Besteuerung und Wechsel der Rechtsform gemeindlicher Versorgungsbetriebe, Diss., Frankfurt a. Main 1978.
zit. Denkert, Besteuerung und Wechsel
- Dieckmann, Rudolf: Aufgabenkritik und Privatisierungsproblem,
in: HKWP 3, S. 96 ff.
- Ehlers, Dirk: Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984

- ders.:** Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen,
in: DÖV 1986, 897 ff.
- Eichhorn, Peter/
Schneider, Ernst:** Unternehmen und Beteiligungen der Landkreise,
in: ZöGU, Beiheft 8, 1986,
S. 2 ff.
- Elsner, Hermann:** Das Gemeindefinanzierungssystem. Geschichte, Ideen, Grundlagen, Köln 1979.
zit. Elsner, Das Gemeindefinanzierungssystem
- Engel, Wolfgang:** Grenzen und Formen der mittelbaren Kommunalverwaltung,
Köln 1981.
zit. Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung
- Engisch, Karl:** Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl., Stuttgart 1977
- Erichsen, Hans-Uwe:** Kommunalaufsicht, Hochschulaufsicht,
in: DVBl 1985, 943 ff.
- Erichsen/Martens:** Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Berlin 1986
- Erman:** Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch,
1. Band (§§1-853), 7. Aufl., Münster 1981,
2. Band (§§854-2385), 7. Aufl., Münster 1981.
zit. Erman, BGB
- Fezer, Karl-Heinz:** Die Einmanngründung der GmbH,
in: JZ 1981, 608 ff.

- Fischedick, Hans-Jürgen: Die Wahl der Benutzungsform kommunaler Einrichtungen. Kriterien für die Entscheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Benutzungsform, Köln 1986.
zit. Fischedick, Die Wahl der Benutzungsform
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973.
zit. Forsthoff, Verwaltungsrecht
- Fuchs, Manfred: §88 GO NW-ein Beispiel für totale Begriffsverwirrung, in: GemH 1978, 100 ff.
- Funk, Bernd-Christian: Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, Rechtsprobleme der Ausgliederung des Staates in Form von privat-rechtlich organisierten Rechtsträgern ohne imperium,
in: Schriften zum gesamten Recht der Wirtschaft, Wien 1981.
zit. Funk, Die Besorgung öffentlicher Aufgaben
- Gerke, Jürgen: Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden,
in: JURA 1985, 349 ff.
- Gessler, Jörg H.: Aktiengesetz, mit Einführungsgesetz und Umwandlungsgesetz, 3. Aufl., Frankfurt a. Main 1970.
zit. Gessler, Aktiengesetz
- Gönnenwein, Otto: Gemeinderecht, Tübingen 1963
- Grimm, Dieter/
Papier, Hans-Jürgen: Nordrhein-westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht, Frankfurt a. Main 1986.
Zit. Grimm/Papier, NW Staats- und Verwaltungsrecht

- Habermehl, Kai: Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und Abwehrmöglichkeiten des privaten Konkurrenten, in: VR 1987, 105 ff.
- Hassel, Volker: Subsidiaritätsprinzip und Kommunalaufsicht, in: DVBl 1985, 697 ff.
- Havers, Hans: Landespersonalvertretungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen-Landespersonalvertretungsgesetz (LPVG), 4. Aufl., Siegburg 1979.
zit. Havers, Landespersonalvertretungsgesetz NW
- Hidien, Jürgen: Gemeindliche Betätigungen rein erwerbswirtschaftlicher Art und "öffentlicher Zweck" kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen, Berlin 1981.
zit. Hidien, Gemeindliche Betätigungen
- ders.: Das Ermessen der Gemeinden über die Zweckbindung ihrer wirtschaftlichen Unternehmen, in: DÖV 1983, 1002 ff.
- Hoschützky, Arnold/
Kreft, Hans-Jürgen: Recht der Abfallwirtschaft, Kommentar zum Abfallbeseitigungsgesetz, Sammlung der Rechtsvorschriften des Bundes, der Länder und der Europäischen Gemeinschaft. Loseblattsammlung Teil 1, Abschnitt A-G, Stand: März 1987
zit. Hoschützky/Kreft, Recht der Abfallwirtschaft, Teil 1, Abschnitt
- Hueck, Götz: Gesellschaftsrecht, 18. Aufl., München 1983

- Hofmann/Muth/Theisen: Kommunalrecht in Nordrhein-Westfalen, Lehrbuch mit Übungsaufgaben und Lösungen, Witten 1984.
zit. Hofmann/Muth/Theisen, Kommunalrecht NW
- Isensee, Josef: Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Berlin 1968.
zit. Isensee, Subsidiaritätsprinzip
- Janson, Bernd: Eine eigene Rechtsform für Öffentliche Unternehmen, in: Zögu 1980, 208 ff.
- ders.: Rechtsformen Öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1980.
zit. Janson, Rechtsformen Öffentlicher Unternehmen
- ders.: Zur Frage einer neuen Rechtsform, in: HKWP 5, S. 194 ff.
- KGSt: Bericht Nr. 8/1985, Kommunale Beteiligungen I, Steuerung und Kontrolle der Beteiligungen, Bericht Nr. 9/1985, Kommunale Beteiligungen II, Organisation der Beteiligungsverwaltung, Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, Verselbständigung kommunaler Einrichtungen? (Entscheidungshilfen) Bericht Nr. 8/1986, Kommunale Beteiligungen IV, Verselbständigung kommunaler Einrichtungen? (Arbeitshilfen)
zit. KGSt-Bericht Nr., Kommunale Beteiligungen I-IV

- Kerrl, Hanns/
Weidemann:
- KGSt - Gutachten:
- KGSt - Gutachten:
- Kiefer, Friedrich/
Schmid, Carl:
- Klüber, Hans:
- Knemeyer, Franz-Ludwig:
- Körner, Hans:
- Kottenberg, Kurt:
- Kottenberg, Kurt/
Rehn, Erich:
- Deutsche Gemeindeordnung vom
30. Januar 1935, 2. Aufl.,
Berlin 1937.
zit. Kerrl/Weidemann, DGO
"Verwaltungsorganisation der
Gemeinden",
Aufgabengliederungsplan, Ver-
waltungsgliederungsplan, Köln
1979.
zit: KGSt-Gutachten, Verwal-
tungsorganisation der Gemeinden
- "Verwaltungsorganisation der
Kreise", Aufgabengliederungs-
plan, Verwaltungsgliederungs-
plan, 2. Aufl., Köln 1982.
zit. KGSt-Gutachten, Verwal-
tungsorganisation der Kreise
- Deutsche Gemeindeordnung vom
30. Januar 1935, Kommentar,
Stuttgart u. Berlin 1937.
zit. Kiefer/Schmid, DGO
- Die kommunalen Zweckverbände
und die sonstigen Gemein-
schaftsorganisationen,
in: HKWP I, S. 541 ff.
- Bayerisches Kommunalrecht,
5. Auflage, München 1984
- Gemeindeordnung Nordrhein-West-
falen, 4. Aufl., Köln 1985.
zit. Körner, Gemeindeordnung NW
- Gemeindeordnung für das Land
Nordrhein-Westfalen, 7. Aufl.,
Siegburg 1963.
zit. Kottenberg, GO NW
- E. Rehn/U. Cronauge, Gemein-
deordnung für das Land Nordrhein-
Westfalen, Kommentar, begründet
von K. Kottenberg/E. Rehn,
Stand: Mai 1985.
zit. Kottenberg/Rehn, GO NW

- Lang/Weidmüller: Genossenschaftsgesetz, (Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften), 31. Aufl., Berlin 1984
- Leisner, Walter: Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Bonn-Bad Godesberg 1970
- ders.: Der Vorrang des Gesellschaftsinteresses bei den Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, in: WiVerw 1983, 212 ff.
- v. Loebell, Friedrich Wilhelm: Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 4. Aufl., Wiesbaden 1985.
zit. v. Loebell, Gemeindeordnung NW
- Lüder, Klaus: Steuerliche Überlegungen bei der Wahl der Rechts- und Organisationsform verselbständigter Verwaltungseinheiten, in: Friedrich/Kupsch, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, Baden-Baden 1981.
zit. Lüder, Steuerliche Überlegungen
- Maunz/Dürig/Herzog/Scholz: Grundgesetz, Kommentar, München 1984.
zit. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG
- Müller, Klaus: Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Erster Band (§§1-42), Berlin 1976.
zit. Müller, Genossenschaftsgesetz
- Müller, Wolfgang-Hans: Wirtschaftsförderung, in: HKWP 4, S. 625 ff.

XXVIII

- Müller-Thoma, Frank: Der halbstaatliche Verein. Eine Organisationserscheinung der institutionalisierten Durchdringung von Staat und Gesellschaft, Berlin 1974.
zit. Müller-Thoma, Halbstaatlicher Verein
- v. Münch, Ingo: Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Berlin 1985
- Muntzke, Hans/
Schlempp, Hans: Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung mit Handbuch des Gemeinderechts, Bad Homburg und Berlin 1954.
zit. Muntzke/Schlempp: Hessische Gemeindeordnung
- v. Mutius, Albert/
Nesselmüller, Günter: Juristische Personen des öffentlichen Rechts als herrschende Unternehmen i.S. des Konzernrechts?
in: NJW 1976, 1878 ff.
- Nesselmüller, Günter: Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, Siegburg 1977.
zit. Nesselmmüller, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten
- Neubauer, Franz: Die Bedeutung und Stellung der kommunalen Eigenbetriebe in Bayern,
in: GemH 1981, 3 ff.
- Oettle, Karl: Privatisierung Öffentlicher Unternehmen?
in: Kommunalwirtschaftliche Zeitschrift für das gesamte Verwaltungswesen.
zit. Oettle, Kommunalwirtschaft
- Ossenbühl, Fritz: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private,
in: VVDStRL 29 (1971), 137 ff.

- ders.: Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht,
in: DÖV 1971, 513 ff.
- Pagenkopf, Hans: Kommunalrecht, Band 1, Verfassungsrecht, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1975.
Kommunalrecht, Band 2, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1976.
zit. Pagenkopf, Verfassungsrecht/Wirtschaftsrecht
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch,
46. Aufl. München 1987
- Pestalozza, Christian: "Formenmißbrauch" des Staates. Zu Figur und Folgen des "Rechtsmißbrauchs" und ihrer Anwendung auf staatliches Verhalten, München 1973.
zit. Pestalozza, Formenmißbrauch des Staates
- Pinkwart, Andreas: Anforderungen an eine zeitgemäße kommunale Wirtschaftsförderung,
in: das Rathaus, 1986, S. 646 ff.
- Poetzsch-Heffter, Fritz: Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919. Ein Handbuch für Verfassungsrecht und Verfassungspolitik, 3. Aufl., Berlin 1928.
zit. Poetzsch-Heffter, Die Reichsverfassung
- Püttner, Günter: Aktuelle Probleme des Verwaltungsprivatrechts im Organisationsbereich,
in: JA 1980, 218 ff.
- ders.: Die Rechtsformen kommunaler Unternehmen,
in: HKWP 5, S. 119 ff.

- ders.: Öffentliche Unternehmen als Instrument staatlicher Politik, in: DÖV 1983, 697 ff.
- Rauball/Pappermann/Roters: Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl., München 1981.
zit. Rauball/Pappermann/Roters, GO NW
- Recktenwald, Horst Claus: Unwirtschaftlichkeit im Staatssektor, Elemente einer Theorie des ökonomischen Staats"versagens", in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Tübingen 1978, S. 155 ff..
zit. Recktenwald, Unwirtschaftlichkeit im Staatssektor
- Rehn, Erich: Geschäftsordnung für Rat und Ausschüsse in Nordrhein-Westfalen, Köln 1979
- Reiners, Theo: Kommunales Verfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1985.
zit. Reiners, Kommunales Verfassungsrecht NW
- Reschke, Hans: Regierbarkeit von Staat und Gemeinden und ihre Gefährdung, in: Wagener, Frido, Regierbarkeit? Dezentralisation? Entstaatlichung? Bonn 1976, S. 27 ff..
zit. Reschke in: Wagener, Regierbarkeit?
- Rocke, Burghard: Nebentätigkeiten kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen, Diss., Kiel 1973.
zit. Rocke, Nebentätigkeiten

- Rüfner, Wolfgang: Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft. Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung, Berlin 1967.
zit. Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung
- Scheel, Werner/
Steup, Johannes: Gemeindehaushaltsrecht Nordrhein-Westfalen. Kommentar zum neuen Gemeindehaushaltsrecht mit einer erläuternden Einführung, 2. Aufl., Köln 1974.
zit. Scheel/Steup, Gemeindehaushaltsrecht NW
- Schefold, Dian: Die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland, in: VOP 1985, 28 ff. und 101 ff.
- Schmidt-Jortzig, Edzard: Kommunalrecht, Stuttgart 1982
- ders.: Die Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen im einzelnen, in: HKWP 5, S. 53 ff.
- Scholz, Rupert: Gemeindliche öffentliche Einrichtungen. Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28, Abs. 2 GG), Berlin 1967.
zit. Scholz, Gemeindliche öffentliche Einrichtungen
- ders.: Neue Entwicklungen im Gemeindefinanzwirtschaftsrecht-Strukturfragen und Verfassungspolitik, in: DÖV 1976, 441 ff.

- Scholz, Rupert/
Pitschas, Rainer:
- Kriterien für die Wahl der Rechtsform,
in: HKWP 5, S. 128 ff.
- dieselben:
- Gemeindewirtschaft zwischen Verwaltungs- und Unternehmensstruktur.
Rechts- und Organisationsfragen zur modernen Wirtschaftsführung von gemeindlichen Eigenbetrieben, Berlin 1982.
zit. Scholz/Pitschas, Gemeindewirtschaft
- Schuppert, Gunnar Folke:
- "Quangos" als Trabanten des Verwaltungssystems,
in: DÖV 1981, 153 ff.
- ders.:
- Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, Göttingen 1981.
zit. Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben
- Soergel-Siebert:
- Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht II (§§ 611-853),
11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1980.
zit. Soergel-Siebert, BGB
- Stern, Klaus:
- Der rechtliche Standort der Gemeindewirtschaft,
in: AfK 1964, S. 81 ff.
- Stern/Püttner:
- Die Gemeindewirtschaft, Recht und Realität.
Zum staats- und kommunalverfassungsrechtlichen Standort der kommunalen Wirtschaft, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1965.
zit. Stern/Püttner, Die Gemeindewirtschaft

XXXIII

- Stober, Rolf: Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, in: NJW 1984, 449 ff.
- Süß, Siegwin: Eigenbetrieb oder Gesellschaft? Überlegungen zu Organisationsformen kommunaler Wirtschaftstätigkeit, in: BayVBl 1986, 257 ff.
- Surén, Friedrich-Karl: Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Band II, Gemeindefinanzwirtschaftsrecht, Köln, Berlin, München, Bonn 1960. zit. Surén, Die Gemeindeordnungen, Bd. II
- Surén, Friedrich-Karl/
Loschelder, Wilhelm: Deutsche Gemeindeordnung vom 30 Januar 1935, Ergänzungsband zur Textausgabe, Berlin 1935. zit. Surén/Loschelder, DGO
- Tettinger, Peter J.: Mitbestimmung in der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratiegebot, Heidelberg 1986. zit. Tettinger, Mitbestimmung in der Sparkasse
- ders.: Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, München 1980
- ders.: Überlegungen zu einem administrativen "Prognosespielraum", in: DVBl. 1982, 421 ff.
- ders.: Besonderes Verwaltungsrecht, Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Heidelberg 1986. zit. Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht
- Thieme, Hans: Kommunale Finanzwirtschaft, Köln 1984

- Treder, Reinhold:
Weisungsgebundenheit und Verschwiegenheitspflicht eines von der Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitgliedes in den Aufsichtsrat einer der Gemeinde gehörenden GmbH,
in: GemH 1986, 145 ff.
- Vitzthum, Wolfgang Graf:
Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen,
in: AöR 104 (1979), 580 ff.
- ders.:
Parlament und Planung. Zur verfassungsrechtlichen Zuordnung der Funktionen von Bundesregierung und Bundestag bei der politischen Planung, Baden Baden 1978.
zit. Vitzthum, Parlament und Planung
- Weiblen, Willi/
May, Peter:
Die Weisungsgebundenheit der Gemeindevertreter in den Organen privatrechtlich geführter wirtschaftlicher Unternehmen,
in: GemH 1987, 169 ff.
- Wenzel, Dieter:
Neuordnung des Rechts der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung und privatrechtlichen Beteiligung in Nordrhein-Westfalen,
in: GemH 1979, 217 ff.
- Wibera:
Briefgutachten zur Neuorganisation der Abfallbeseitigung des Märkischen Kreises, Düsseldorf 1984
- Wolff, Hans J./
Bachof, Otto:
Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974,
Verwaltungsrecht III, 4. Aufl., München 1978.
zit. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I und III

- | | |
|---|--|
| Wolff, Hans J./
Bachof, Otto/
Stober, Rolf: | Verwaltungsrecht II, 5. Aufl.,
München 1987.
zit. Wolff/Bachof/Stober, Ver-
waltungsrecht II |
| Wolff, Hans. J.: | Rechtsformen gemeindlicher Ein-
richtungen,
in: AfK 1963, 149 ff. |
| Zeiß, Friedrich: | Kommunales Wirtschaftsrecht und
Wirtschaftspolitik.
Rechtsgrundsätze für die wirt-
schaftliche Betätigung der
Gemeinden,
in: HKWP III, S. 611 ff. |
| Zeitler, Ralf: | Deutsche Gemeindeordnung vom
30. Januar 1935, herausgegeben
und erläutert von Dr. Ralf
Zeitler, Walter Bitter, Bern-
hard von Derschau, 4. Aufl.,
Berlin 1939.
zit. Zeitler, DGO |

E I N L E I T U N G

Sind die Gemeinden und Gemeindeverbände in den ihnen jeweils durch das Kommunalverfassungsrecht zugewiesenen Wirkungskreisen eigenverantwortliche Träger der öffentlichen Verwaltung, so liegt der freiwilligen sowie der gesetzlich zugewiesenen Aufgabenerfüllung regelmäßig eine öffentlich-rechtliche Organisationsform zugrunde, deren Bestimmung auf der Grundlage bestehender Gesetze nur selten rechtliche Probleme aufwirft.

In der Regel beschränkt sich die Prüfung auf die Frage nach der Zweckmäßigkeit der Organisationsform für die zur Erfüllung anstehende spezifische Aufgabenstellung.

Anders verhält es sich, wenn es um die Beurteilung der Zulässigkeit kommunalen Handelns geht, dann, wenn Verwaltungsaufgaben eben nicht körperschaftlich oder durch Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts nach den eingangs angesprochenen rechtlich zulässigen Kriterien wahrgenommen werden, sich vielmehr ein Wechsel in die Gestaltungsform der Gesellschaft des privaten Rechts vollzieht, wenn also aus dem Träger öffentlicher Verwaltung

das öffentliche Unternehmen wird, wenn statt Kommunalverwaltung Kommunalwirtschaft betrieben werden soll.

Obwohl die Rechtswissenschaft das Phänomen der privatrechtlich organisierten Verwaltung weitgehend in der Vergangenheit vernachlässigt und sich der Problematik erst in den letzten Jahren intensiver gewidmet hat, darüber hinaus die verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Zulässigkeit derartiger Gesellschaften sowie kommunale Beteiligungen an Gesellschaften des privaten Rechts bereits vom Grundsatz her nicht unbestritten sind¹, ist eine zunehmende Zahl von Gesellschaftsgründungen gerade in Nordrhein-Westfalen festzustellen.²

Allerdings sind exakte statistische Erhebungen nicht vorhanden.³ Soweit Zahlenmaterial veröffentlicht ist, bezieht es sich in erster Linie auf die privatisierungstypischen Aufgabenbereiche wie Versorgung, Verkehr, Kreditwesen und Krankenhauswesen.⁴

¹ Stober, NJW 1984, 449 (450)

² Schefold, VOP 1985, 28 ff. und 101 (102)

³ Ehlers, DÖV 1986, 897 (899)

⁴ Ehlers, a.a.O., S. 899

Was diese Bereiche angeht, erscheint es zwischenzeitlich beinahe schon abwegig, die Frage nach der Rechtmäßigkeit aufgrund der einschlägigen Kommunalverfassungsvorschriften überhaupt zu stellen.

Nun sind es aber auch die über das eben Typische hinausgehenden Bestrebungen der Gemeinden und Gemeindeverbände, Gesellschaften zu gründen oder sich an solchen zu beteiligen, die den Verfasser bewogen haben, das Thema aufzugreifen.

Soweit Zahlen und Statistiken diesen weitergehenden Bereich öffentlicher Aufgabenstellungen betreffend veröffentlicht sind, beruhen sie in erster Linie auf einer Umfrage des Landkreistages NW aus dem Jahre 1980⁵, im Rahmen derer alle 237 Kreise in der Bundesrepublik angeschrieben wurden und zu Details ihrer jeweiligen Unternehmen bzw. Unternehmensbeteiligungen befragt wurden.

Die Auswertung dieser Umfrage erwies sich als problematisch. Zwar konnte eine hohe Rücklaufquote in Höhe von 215 (= 91 %) Antworten registriert werden, doch wurden in

⁵ ausgewertet und veröffentlicht von Eichhorn/Schneider, ZöGÜ 1986, Beiheft 8, S. 2 ff.

vielen Fällen nicht alle erbetenen Auskünfte erteilt oder falsche Angaben gemacht, so daß vor diesem Hintergrund bei unzureichender Datenlage die Auswertungen als Mindestangaben zu verstehen und Trend-Rückschlüsse nur beschränkt möglich sind.⁶

Zwei vom Verfasser initiierte und vom Landkreistag NW verfaßte Rundschreiben zum Thema "Gesellschaften des Handelsrechts als Träger öffentlicher Aufgaben"⁷ wurden ebenfalls nur spärlich beantwortet. Begründungen für den fehlenden Offenbarungswillen lassen sich nur erahnen. Man fürchtet wohl, ob der Transparenz in eine öffentliche kommunalpolitische Diskussion um Zulässigkeits- und Zweckmäßigkeitsfragen zu geraten.

Bei der Erschließung der Aufgabenbereiche hilft eine Untersuchung⁸ der kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung - KGSt -⁹, einer Institution in der

⁶ Eichhorn/Schneider, ZögU 1986, Beiheft 8, S. 7 f.

⁷ Rundschreiben des Landkreistages NW Nr. 136/83 vom 03.06.1983

Rundschreiben des Landkreistages NW Nr. 396/86 vom 18.12.1986

⁸ KGSt-Bericht Nr. 8/1985: Kommunale Beteiligungen I bis IV

⁹ mit Sitz in Köln-Marienburg, Lindenallee 13-17

Rechtsform des nichtrechtsfähigen Vereins, die es sich zur Aufgabe gemacht hat, "der Allgemeinheit auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts und der Verwaltungsorganisation zu dienen und hierbei sich mit der Pflege fachlicher Aufgaben der Kommunalverwaltung und ihrer Erledigung nach einheitlichen Grundsätzen zu befassen.

Die KGSt erfüllt ihre Aufgaben in Gemeinschaft mit ihren Mitglieds Körperschaften und korrespondierenden Mitgliedern, mit kommunalen Verbänden, Gutachterausschüssen und Sachverständigen sowie Fachleuten der Verwaltungspraxis.

Die KGSt entwickelt Grundsätze und Regeln für eine wirtschaftlich arbeitende Verwaltung, pflegt den Erfahrungsaustausch und unterstützt die staatlichen und kommunalen Körperschaften bei der Erfüllung ihrer Aufgaben."¹⁰

Im Zuge der Berichte zum Thema "Kommunale Beteiligungen" werden Beispiele für örtlich gewählte Lösungen, "die der KGSt durch interkommunalen Erfahrungsaustausch bekannt

¹⁰ vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 bis 3 der Satzung der kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung vom 12. Mai 1956 in der Fassung vom 18. Oktober 1972; Träger des Vereins sind im wesentlichen Städte, Gemeinden und Kreise in der Bundesrepublik Deutschland.

geworden sind" gegeben, die über Globalumschreibungen¹¹ weit hinausgehen.

Im wesentlichen sind zu nennen:

Abfall- und Abwasserbeseitigungseinrichtungen, Bürgerhäuser, Kongresshallen, Mehrzweckhallen, Stadthallen, Eissporthallen, Frei- und Hallenbäder, Freizeitzentren, Datenverarbeitungszentralen, Alten- und Jugendheime, Schlacht- und Viehhöfe, Fremdenverkehrs-, Kur- und Badewesen, Tiergärten, Theater, Wirtschaftsförderung und Wohnungsbau, Parkgaragen und Parkplätze.¹²

Unter Einbeziehung dieser Beispiele aus der Praxis möchte der Verfasser in der hier vorliegenden Arbeit zunächst die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen wirtschaft-

¹¹ So lassen sich nach Stober, NJW 1984, 449 (451), die Aufgaben in etwa 6 größere Themenbereiche gliedern, als da sind wirtschaftliche, soziale, kulturelle, planerische, technische und kooperative, wobei sich eine Schwerpunktbildung nicht nachweisen lasse.

¹² KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 38 ff.
vgl. darüber hinaus die umfassende Aufzählung bei Habermehl, VR 1987, 105 und Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 104 a, II, 2

licher Betätigung der Kommunen in Rechtsformen von Gesellschaften des privaten Rechts näher beleuchten. Hierbei möchte sich der Verfasser auf das nordrhein-westfälische Landesrecht aus zweierlei Gründen beschränken:

Zum einen ist die Gesetzeslage - was die Bestimmungen über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden angeht - in den einzelnen Bundesländern zumindest in bedeutsamen

Nuancen unterschiedlich¹³, so daß die Ausführungen sich nur eingeschränkt verallgemeinern lassen¹⁴, letztlich weil die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden und Gemeindeverbänden eben typisches Landesrecht ist, zum anderen bedarf gerade das nordrhein-westfälische kommunale Wirtschaftsrecht einer Systematisierung. Letzteres möchte der

¹³ vgl. insoweit die landesgesetzlichen Regelungen zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen in den bundesdeutschen Flächenstaaten:

a) Baden-Württemberg

§§ 102 ff. Gemeindeordnung Baden-Württemberg
- GemO BW

b) Bayern

Art. 89 ff. Gemeindeordnung für den Freistaat
Bayern - Bay GO

c) Hessen

§§ 121 ff. Hessische Gemeindeordnung - HGO

d) Niedersachsen

§§ 108 ff. Niedersächsische Gemeindeordnung - NGO

e) Nordrhein-Westfalen

§§ 88 ff. Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen - GO NW

f) Rheinland-Pfalz

§§ 85 ff. Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz -
GemO Rh.Pf.

g) Saarland

§§ 106 ff. Kommunalselbstverwaltungsgesetz
- saarl. KSVG

h) Schleswig-Holstein

§§ 101 ff. Gemeindeordnung für das Land Schleswig-Holstein - GO Schl.H.

¹⁴ Ehlers, DÖV 1986, 897 (insbesondere FN 4)

Verfasser unter gleichzeitiger Einbeziehung der wesentlichen Grundzüge des Handels- und Gesellschaftsrechts versuchen. Soweit allerdings zur Erläuterung die Bestimmungen anderer Bundesländer von Nutzen sind, werden sie im Einzelfall begründungshalber herangezogen.

Darauffolgend ist sodann die Palette der Motive so eingehend wie möglich mit Bezug zur kommunalen Praxis darzulegen. Eine kritische Würdigung schließt sich an.

Aus dem zuvor Erörterten sollen am Ende Forderungen abgeleitet werden, möglichst mit dem Ergebnis der Schaffung von Handhabungsregelungen, die den Bedürfnissen der kommunalen Organisationspraxis Rechnung tragen, die sich aber gleichzeitig auch innerhalb des gesetzlich zugelassenen Rahmens bewegen.

ERSTER TEIL

Zu den Rechtsgrundlagen wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen in Rechtsformen von Gesellschaften des privaten Rechts

I. Die Rechtsgrundlagen nach dem nordrhein-westfälischen Landesrecht

Die Rechtsgrundlage und damit den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet der VI. Teil der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen - GO NW - und hier der 3. Abschnitt, der überschrieben ist mit

"Wirtschaftliche Betätigung und privatrechtliche Beteiligung",

und zwar die §§ 88-96 GO NW.

Dieser VI. Teil mit seinen Spezialvorschriften des 3. Abschnitts ist in gleichem Maße auch verbindlich für die Gemeindeverbände.

So erklärt die Kreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen - KrO NW - in § 42 Abs. 1, die Landschaftsverbandsordnung - LVerbO NW - in § 25 Abs. 2 und das Gesetz über den Kommunalverband Ruhrgebiet - KVRG - in § 27 Abs. 2 die Bestimmungen des VI. Teils der Gemeindeordnung - GO NW - für entsprechend anwendbar.

Demzufolge beurteilt sich die Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung für alle Träger der kommunalen Selbstverwaltung in Nordrhein-Westfalen gleichermaßen nach den Bestimmungen der Gemeindeordnung GO NW, so daß im folgenden ausschließlich darauf abzustellen ist.

II. Die Rechtsformenwahl als verfassungsrechtliches Problem - zugleich Ableitung der Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung aus dem Grundgesetz

Die Befugnis der Gemeinden und Gemeindeverbände zur wirtschaftlichen Betätigung in privatrechtlichen Gestaltungsformen leitet sich - so wird jedenfalls überwiegend fest-

gestellt¹⁵ - aus der verfassungsrechtlich gesicherten Selbstverwaltungsgarantie her.

Wenn Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz -GG- den Gemeinden und Gemeindeverbänden das Recht gewährleistet, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft bzw. des gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereiches in eigener Verantwortung zu regeln, dann gehört dazu auch die eigenverantwortliche Entscheidung in bezug auf die Organisationsform der Aufgabenbewältigung. Man spricht insoweit vom Selbstorganisationsrecht im eigenen Wirkungskreis. Dazu gehört allemal das Wahlrecht zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Gestaltungsform.¹⁶

¹⁵ Pestalozza, Formenmißbrauch des Staates, S. 167 bis 170

Stober, NJW 1984, 449 (453)

SchefolG, VOP 1985, 28 (29 f.)

Stern, in: BK, Art. 28, Rdnr. 161 bis 163

Fischedick, Die Wahl der Benutzungsform, S. 5

Scholz, Gemeindliche öffentliche Einrichtungen, S. 92

Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 10 f.

Burmeister, HKWP 5, S. 1 ff.

¹⁶ Stern, BK, Art. 28, Rdnr. 161; der Kommentator zählt die Fähigkeit der Kommune, privatrechtlich tätig zu werden, zu den das Selbstverwaltungsrecht individuell prägenden Merkmalen.

Pagenkopf, Wirtschaftsrecht, S. 157

Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 104 a, IV, 2, b

Eine insoweit umfassende Darstellung über den Argumentationsstand gibt Engel¹⁷, der von "Auslagerung kommunaler Aufgaben auf kommunalabhängige privatrechtliche Verwaltungsträger" spricht, damit allerdings nicht nur die kommunalen Eigen- und Beteiligungsgesellschaften meint, sondern auch nichtwirtschaftliche Verwaltungsträger des privaten Rechts, nämlich u.a. die eingetragenen Vereine dazurechnet.¹⁸

Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung¹⁹ sowie die gängige Literatur zum Gemeinderecht²⁰ äußern Bedenken hinsichtlich der gemeindlichen Wahlfreiheit nicht.

¹⁷ Engel, a.a.O., S. 10 bis 12 mit vielen weiteren Nachweisen, so insbesondere auf:
Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 510, 511, 518, 519

¹⁸ Engel, a.a.O., S. 12

¹⁹ BGH in DVBl 1984, 1118 (1119)
BVerwG in MDR 1976, 874 (875), ohne daß allerdings ausdrücklich auf Art. 28 Abs. 2 GG abgehoben wird;
BVerfGE 38, 326 (344)

²⁰ Rauball/Pappermann/Roters, GO NW, § 88 Anm. 1
Gerke, JURA 1985, 349 (351)
Erichsen in Grimm/Papier, NW Staats- und Verwaltungsrecht, S. 174

Lediglich für Ehlers²¹ ergibt sich, obwohl die kommunalverfassungsrechtlichen Bestimmungen in Nordrhein-Westfalen, im Gegensatz etwa zur Bayerischen Gemeindeordnung - BayGO - oder zur Gemeindeordnung des Landes Baden-Württemberg - GemO BW -²², keine Aussage zur Rangfolge von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationsformen enthalten, ein Vorrang des öffentlichen Rechts aus "Übergeordneten rechtlichen Gesichtspunkten".

Bleibt festzustellen, daß diese verfassungsrechtlich sanktionierte Freiheit der Rechtsformenwahl die "Organisationsprivatisierung"²³ betrifft, also jene Betätigung, bei der sich der Hoheitsträger zur ihm obliegenden Aufgabenerfüllung nicht der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen (als da sind: Zweckverbände, Anstalten, Regie- und Eigenbetriebe) bedient, sondern "ohne sich von seinen rechts- und sozialstaatlichen Bindungen zu befreien, in das Gewand des Privatrechtssubjekts schlüpft"²⁴.

²¹ Ehlers, DÖV 1986, 897 (903)

²² vgl. Art. 91 Abs. 1 Ziffer 2 BayGO und vgl. § 104 Abs. 1 Ziffer 2 GemO BW; beide Bestimmungen enthalten eine Präferenz zugunsten der Organisationsform des Eigenbetriebes;

²³ Vitzthum, AÖR 104 (1979), 580 (588 ff.)

²⁴ Vitzthum, a.a.O., S. 588

Davon zu unterscheiden ist die "Aufgabenprivatisierung"²⁵ oder "Funktionsprivatisierung"²⁶.

Hier überläßt die öffentliche Hand die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe einem privaten Träger zur eigenverantwortlichen Durchführung. Nach welchen Kriterien sich deren Zulässigkeit bestimmt, bedarf sicherlich ebenfalls einer sorgsamten Prüfung und der Festlegung von Regularien, bestimmt sich jedoch nicht nach den Vorschriften der §§ 88 ff. GO NW und soll auch nicht Gegenstand der hier vorliegenden Untersuchung sein.

III. Historische Einordnung der landesgesetzlichen Bestimmungen

Schon die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 -WRV- schrieb den Gemeinden und Gemeindeverbänden das Recht auf Selbstverwaltung zu.²⁷ Wie allerdings in Art. 127 WRV das Selbstorganisationsrecht abgesichert ist, bleibt offen. Der bekanntesten Kommentierung der Reichsverfassung ist jedenfalls - soweit ersichtlich -

²⁵ Vitzthum, a.a.O., S. 593 f.

²⁶ Scholz/Pitschas, HKWP 5, S. 128 (131)

²⁷ vgl. Art. 127 WRV

nichts zu entnehmen. Bei Anschütz²⁸ gewinnt man den Eindruck, als ob der "Organisation der Selbstverwaltung" keine verfassungsrechtlich bedeutsame Eigenständigkeit eingeräumt wird, vielmehr kommt einer Kapitulation vor dem einfachen Gesetzgeber die Feststellung gleich, daß wegen dessen Regelungsallmacht in organisatorischer wie materieller Hinsicht die Bedeutung des Art. 127 WRV "nicht sehr hoch anzuschlagen ist"²⁹.

Den gleichen Eindruck vermittelt Poetzsch-Heffter³⁰ in seinem Handkommentar.

Stern/Püttner bezeichnen in ihrer gemeinsamen Ausarbeitung das Verhältnis von Kommunalwirtschaft und Staatsverfassung "im wesentlichen als rechtlich irrelevant"³¹.

Schwer nachzuvollziehen ist die Interpretation von Stober.³² Sowohl die Entstehungsgeschichte der grundge-

²⁸ Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 127, Ziffer 1

²⁹ Anschütz, a.a.O., Ziffer 1, S. 583

³⁰ Poetzsch-Heffter, Die Reichsverfassung, Art. 127, Ziffer 2, S. 431

³¹ Stern/Püttner, Die Gemeindewirtschaft, S. 129

³² Stober, NJW 1984, 449 (452)

setzlichen Übernahmevorschriften³³ als "Altbesitz des deutschen Reiches" als auch "das Schweigen der Verfassung im übrigen" sind für Stober Begründung genug, die Aufgabenerfüllung der öffentlichen Verwaltung durch privatrechtlich organisierte Gesellschaften zuzulassen.

Geht man jedenfalls davon aus, daß unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung letztlich jegliche Einschränkung der kommunalen Organisationshoheit möglich war³⁴, dann waren die verwaltungsrechtlichen Regelungen der Länder, ausgehend von der Bayerischen Gemeindeordnung von 1927 - Bay GO 1927 - und dort Art. 61 - gipfelnd in der deutschen Gemeindeordnung - DGO -, nämlich den §§ 67 ff., ein meßbarer und nachprüfbarer Gesetzesvorbehalt für die Selbstverwaltungsgarantie.

Verfolgt man die umgekehrte - für den Verfasser nicht nachweisbare - These, daß schon Art. 127 WRV die uneingeschränkte kommunale Betätigung in Formen des Gesellschaftsrechts garantierte³⁵, dann sind eben jene Vor-

³³ vgl. Art. 134 und 135 GG

³⁴ vgl. FN 29 und 30 der Seite 16

³⁵ vgl. die Ausführungen oben, S. 16, FN 32

schriften der einzelnen Länder des Deutschen Reiches bis hin zur DGO eine inhaltliche Ausgestaltung der Schranke des Art. 127 WRV.

Im einen wie im anderen Fall bestand jedenfalls die Notwendigkeit, konkret einfachgesetzliche Regelungen über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Gemeindeverbände aufzustellen, so daß über den oben bereits zitierten Art. 61 der Bayerischen Gemeindeordnung von 1927, die Bestimmungen der Notverordnung - NotVO -, § 87 des Preussischen Gemeindefinanzgesetzes - PrGfG -, der Regelungsgehalt nebst konkreter Anwendungserfahrung Niederschlag in den Bestimmungen eben der §§ 67 ff. DGO fand.

Unzweifelhaft ist sodann, daß die im Geltungsbereich des Grundgesetzes erlassenen Gemeindeordnungen der Länder an die Regelungsgehalte der §§ 67 ff. DGO anknüpfen, so daß im Zuge dieser Arbeit bei der Analyse der Bestimmungen der §§ 88 ff. GO NW sicherlich das Gedankengut zu den Bestimmungen der DGO soweit vorhanden Berücksichtigung finden muß.

Z W E I T E R T E I L

Die grundlegenden Begriffe des § 89 und des § 88 GO NW

Nach § 89 Abs. 1 GO NW darf die Gemeinde oder der Gemeindeverband unter den dort genannten Voraussetzungen eine Gesellschaft gründen, die auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist.

§ 89 Abs. 2 GO NW legt die Voraussetzungen für die Gründung einer Gesellschaft bzw. Beteiligung an einer Gesellschaft, die nicht auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist, fest.

I. Der Begriff der Gesellschaft im Sinne von § 89 GO NW

Da an keiner Stelle des kommunalen Verfassungsrechts Ausführungen zum Gesellschaftsbegriff gemacht werden, ist davon auszugehen, daß jeweils der zivil-, handels- bzw. gesellschaftsrechtliche Begriff in das Kommunalrecht übernommen werden sollte.³⁶ Soweit es also um die Gesell-

³⁶ vgl. v. Loebell, Gemeindeordnung NW, Erl. 2. a), S. 435; alle übrigen einschlägigen Kommentare zum Gemeinderecht setzen den Gesellschaftsbegriff als gegeben voraus.

schaft bürgerlichen Rechts geht, gilt der aus § 705 BGB entwickelte weite Gesellschaftsbegriff³⁷, ansonsten die jeweiligen Gesetzesdefinitionen des Handels- und Gesellschaftsrechts.

Aufgrund der vorliegenden Aufgabenstellung sind nachfolgende Organisationsformen in jeweils konkreten Ausprägungen für kommunalwirtschaftliches Tätigwerden in Betracht zu ziehen:

- die Aktiengesellschaft (AG)
- die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)
- die offene Handelsgesellschaft (oHG)
- die Kommanditgesellschaft (KG)
 - die Kommune in der Stellung des Komplementärs
 - die Kommune in der Stellung des Kommanditisten
- die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)
 - die Kommune in der Stellung des Komplementärs
 - die Kommune in der Stellung des Kommanditaktionärs

³⁷ Soergel-Siebert, BGB, vor § 705, Rdnr. 1, wonach Gesellschaft der auf privatrechtlichem Rechtsgeschäft beruhende Zusammenschluß mehrerer Personen ist mit dem Ziel, durch Zusammenwirken einem gemeinsamen Zweck zu dienen.

- die stille Gesellschaft
- die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Was die Organisationsform der Genossenschaft betrifft, so bedarf es einiger Ausführungen.

Da ist zunächst zu fragen, ob die Genossenschaft den Gesellschaftsbegriff des § 89 GO erfüllt, oder ob es sich um eine "andere privatrechtliche Vereinigung"³⁸ handelt. Letzteres müßte zur abgewandelten Anwendbarkeit der Vorschriften des § 89 GO NW führen.

Ersichtlich findet sich eine differenzierende Darstellung in der Literatur zur Kommunalwirtschaft nicht.

Schmidt-Jortzig subsumiert die Genossenschaften unter "nichtwirtschaftliche öffentlich-rechtliche Einrichtungen mit eigener Rechtspersönlichkeit"³⁹. Dem widerspricht nach Auffassung des Verfassers allein die gesetzliche inhaltliche Bestimmung des Genossenschaftsbegriffes. Danach fördert die Genossenschaft den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbe-

³⁸ vgl. § 92 GO NW

³⁹ Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 676 ff. (679)

triebes.⁴⁰ Lang/Weidmüller postulieren, daß es sich um einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb handeln müsse. Die ausschließlich ideelle Zweckverfolgung, z.B. Bildungs- oder Wohlfahrtszwecke, reichten nicht aus, um die Genossenschaftseintragung bewirken zu können.⁴¹

Unter Beachtung des Wirtschaftsbegriffes im Sinne der §§ 88 ff. GO NW ist die Genossenschaft daher durchaus wirtschaftliche Betätigung im Sinne vorgenannter Bestimmungen.

Fraglich ist nur, ob der Gesellschaftsbegriff im Sinne des § 89 Abs. 1 GO NW erfüllt wird. § 1 GenG ist insoweit widersprüchlich. Einerseits spricht der Gesetzgeber von Genossenschaften als von Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, andererseits ist die kasuistische Aufzählung der Ziffern 1 bis 7 des § 1 Abs. 1 auf die Organisationsform des Vereins abgestellt.

Richtig erscheint es, der Kommentierung zum Genossenschaftsrecht folgend, die Genossenschaft zwar als Gesellschaft insoweit anzusehen, als es sich um eine Personen-

⁴⁰ vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 GenG

⁴¹ Lang/Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, § 1, Rndnr. 23 m.w.N.

vereinigung handelt, deren Zusammenschluß zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zwecks erfolgt, diese Gesellschaft aber nicht als Gesellschaft im Sinne des bürgerlichen und auch nicht des Handelsrechts anzusehen⁴², vielmehr wegen ihrer körperschaftlichen Struktur die Genossenschaft rechtlich wie den Verein zu behandeln.

So läßt die herrschende Meinung auch neben bzw. ergänzend zu den Regelungen des Genossenschaftsgesetzes die Bestimmungen über das Vereinsrecht zu.⁴³

Dies läßt sich durchaus bereits auch der Formulierung des Gesetzes entnehmen. Wird nämlich in Abs. 2 von § 1 GenG die Beteiligung an Gesellschaften für zulässig erklärt und wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß die Genossenschaft ebenfalls Gesellschaft per definitionem ist, so hätte Beteiligung an "anderen Gesellschaften" formuliert werden müssen.

⁴² Lang/Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, § 1, Rndnr. 15 Müller, Genossenschaftsgesetz, Bd. 1, § 1, Rndnr. 1, spricht von "Gesellschaft im weiteren Sinne".

⁴³ Lang/Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, § 1, Rndnr. 8 Müller, Genossenschaftsgesetz, § 1, Rndnr. 1

Demzufolge ist die Genossenschaft dem Gesellschaftsbegriff des § 89 GO NW nicht zuordnungsfähig, fällt damit unter § 92 GO NW und soll bei den weiteren Betrachtungen unberücksichtigt bleiben.⁴⁴

Gleiches gilt unstreitig dann auch für den Verein selbst sowie die privatrechtliche Stiftung. All jene privatrechtlichen Organisationsformen sind zwar gemäß § 92 GO NW ebenfalls zugelassen, sollen aber nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein.⁴⁵

II. Die Bestimmung des Gesellschaftszwecks aufgrund des § 89 GO NW

Hilft der Gesellschaftsbegriff lediglich bei der Festlegung der Organisationsform der kommunalen Aufgabenerfüllung, bedarf es im folgenden der materiellen Ausgestaltung in Form der Bestimmung des Gesellschaftszwecks.

⁴⁴ anders wohl Rauball/Pappermann/Roters, GO NW, § 89, Rndnr. 4, wo die Gesellschaft bei den Gesellschaften eingereiht wird und Gerke, JURA 1985, 349 (354) sowie v. Loebell, Gemeindeordnung NW, § 89, Erl. 2 a

⁴⁵ vgl. insgesamt die Zusammenstellung bei Fischeschick, Die Wahl der Benutzungsform, S. 8, jedoch ohne eine begründete Differenzierung;

§ 89 GO NW legt jeweils unterschiedlich in den Absätzen 1 und 2 den Gesellschaftszweck wie folgt fest:

Abs. 1: Gesellschaft, die auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist,

Abs. 2: Gesellschaft, die nicht auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist.

Inhaltlich zu bestimmen und begrifflich voneinander abzugrenzen sind daher

"das wirtschaftlich betriebene Unternehmen"

vom

"nicht wirtschaftlich betriebenen Unternehmen",

es sei denn, der inhaltlichen Bestimmung der oben genannten Begriffe bedürfe es deshalb nicht, weil es der Gemeinde oder dem Gemeindeverband freistünde, darüber eigenverantwortlich zu entscheiden, welche "Unternehmung"⁴⁶ als wirtschaftliches Unternehmen gelten solle und welches

⁴⁶ Begriff nach Ambrosius, ZögU, 1980, S. 141 ff.

nicht.⁴⁷ Ein derartiges Selbstinterpretationsrecht, gestützt auf Art. 28 Abs. 2 GG als Teil der Selbstverwaltungsgarantie in Form des Selbstorganisationsrechts, scheidet nach richtiger Auffassung des Verfassers de lege lata aus. Obwohl sich die kommunale Praxis - und das wird an anderer Stelle vom Verfasser noch deutlich zu machen sein - teilweise geriert, als stünde ihr eine derartige Selbstinterpretationskompetenz zu, läßt sich diese These durch den Gesetzestext selbst widerlegen.

So knüpft der Gesetzgeber an die Zulässigkeit von Gesellschaften, die auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens bzw. auf den Betrieb eines nicht wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet sind, unterschiedliche Zulassungsvoraussetzungen⁴⁸, indem die Zulassungsmerkmale für das wirtschaftliche Unternehmen in Gesellschaftsform strenger gefaßt sind, als für das nicht wirtschaftlich

⁴⁷ Stern/Püttner, Die Gemeindewirtschaft, S. 55 und 56; die Verfasser stellen diese Frage an den Anfang ihrer Ausführungen zur Begriffsbestimmung "wirtschaftliches Unternehmen". Den Ausführungen auf den Seiten 56 ff. ist sodann im Kontext zu entnehmen, daß sie ein Auswahlermessen den Kommunen nicht zugestehen wollen.

⁴⁸ vgl. § 89 Abs. 1 und § 89 Abs. 2 GO NW

betriebene Unternehmen in Form der Gesellschaft des privaten Rechts.⁴⁹

Eine derartige unterschiedliche Behandlung auf der Rechtsfolgeseite setzt aber notwendigerweise unterschiedliche gesetzliche Tatbestandsmerkmale voraus. Wäre dem nicht so und überließe man es dem Rechtsanwender, die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale selbst zu bestimmen, so wäre er auch in die Lage versetzt, die auf ihn anzuwendenden Zulässigkeitsvoraussetzungen nach eigenem Gusto auszuwählen.

Das kann erkennbar nicht der Wille des Gesetzgebers bei der Schaffung der §§ 89, 88 GO NW gewesen sein.

1. Der Begriff des wirtschaftlich betriebenen Unternehmens im Sinne der §§ 89, 88 GO NW

Kommt man um eine Begriffsbestimmung für zunächst das wirtschaftlich betriebene Unternehmen nicht umhin, liegt es nahe, an den historischen Abriß anzuknüpfen und § 67 DGO nebst dessen vorläufigen Ausführungsanweisungen zu Rate zu ziehen.

⁴⁹ vgl. die Ausführungen unten im Dritten Teil S. 54 ff.

Danach sind unter wirtschaftlichen Unternehmen

"solche Einrichtungen und Anlagen der Gemeinde zu verstehen, die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können (z.B. Versorgungsbetriebe, Verkehrsbetriebe, Industrie- und Handwerksbetriebe)"⁵⁰.

Ein daraufhin durchgeführter Vergleich mit der einschlägigen Literatur zu den heute gültigen Gemeindeordnungen zeigt, daß diese doch vermeintlich etwas lückenhaft erscheinende Begriffsbestimmung der dreißiger Jahre von eben jenen Verfassern - zumindest was den Vergleich zum

⁵⁰ vgl. die vorläufigen Ausführungsanweisungen zum sechsten Teil der Deutschen Gemeindeordnung, RdErl. des RuPr.MdI vom 22. März 1935, abgedruckt bei Zeitler, Kommentar zur DGO, S. 811 ff. (813); Surén/Loschelder, DGO, zu §67, Erl. 1
Kiefer/Schmid, DGO, §67, Erl. 2

privaten Unternehmen angeht - übernommen wird.⁵¹ Gleiches gilt auch für die höchstrichterliche Rechtsprechung.⁵²

Was diesen soeben zitierten Vergleich mit der Privatwirtschaft angeht, so ist dazu anzumerken, daß eine Konkurrenz im Einzelfall nicht tatsächlich bestehen muß⁵³, daß vielmehr der Vergleich mit dem Wirtschaftsunternehmen des privaten Rechts "eher auf den Tätigkeitsstil abheben"⁵⁴ soll.

Gemeint sind Unternehmen, die einen kaufmännisch kalkulierenden und organisierten Arbeitsmechanismus besitzen⁵⁵, d.h. vermittelt Gewinn- und Verlustrechnung nach den Regeln kaufmännischer Buchführung arbeiten und die

⁵¹ vgl. Rauball/Pappermann/Roters, GO NW, § 88, Rndnr. 3 v. Loebell, Gemeindeordnung NW, § 88, Erl. 1) Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 86, VII, b Schmidt-Asmann in v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 168

Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, S. 175

Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht, Rndnr. 153

Gerke, JURA 1935, 349 (350)

Muntzke-Schlempp, Hessische Gemeindeordnung, S. 872

⁵² BVerwGE 39, 329 (333)

⁵³ Schmidt-Asmann in v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 168

⁵⁴ Schmidt-Asmann, a.a.O., S. 168

⁵⁵ Stern, AfK 1964, 81 (96)

Grundsätze technischer Bürokommunikation sowie eines modernen Vertriebs beherrschen, eben im Gegensatz zur Organisationseinheit der öffentlichen Hand, die in erster Linie administrativ tätig und auf die Grundsätze der Kame-ralistik verpflichtet ist.

So wäre sicherlich in einem ersten Versuch eine Beschreibung dessen möglich, was sich hinter den soeben genannten Begriffen wie "kaufmännische Kalkulation" und "organisierter Arbeitsmechanismus" verbirgt.

Daß damit aber der Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens keine ausreichende formelle Bestimmung erfährt, verdeutlichen die Ausführungen von Schmidt-Jortzig zur Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen⁵⁶ sowie die zahlreichen Abhandlungen zur Einordnung der Begriffe "Unternehmen" und "Wirtschaft".⁵⁷

Unternehmen, so Schmidt-Jortzig⁵⁸, ist "jede Betriebseinheit von gewisser organisatorischer Festigkeit, Dauer und

⁵⁶ Schmidt-Jortzig, HKWP 5, S. 50 ff.

⁵⁷ vgl. stellvertretend für viele:

Scholz, Gemeindliche öffentliche Einrichtungen, S. 113 ff.

Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rndnr. 665 m.w.N.

⁵⁸ Schmidt-Jortzig, HKWP 5, S. 53

Selbständigkeit, der ein gegenüber dem allgemeinen Funktionszweck ihres Trägers irgendwie eigenes Wirkungsziel zukommt". Andere⁵⁹ sprechen vom "technisch-gegenständlichen" Arbeitsapparat.

Im Grunde wollen alle, ohne bei der formellen Bestimmung des Begriffsinhalts in die Auseinandersetzung mit den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen geraten zu müssen, zum Ausdruck bringen, daß "Unternehmen" jedenfalls alles andere als ämterstrukturierte Administration aufgrund hergebrachter Organisationsgrundsätze und Lenkungsmechanismen ist⁶⁰, lediglich Rauball⁶¹ hält den Regiebetrieb, damit also eine konkrete Untergliederung des Einrichtungsbegriffes, mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit für kein wirtschaftliches Unternehmen.

Komplexer verhält es sich mit der materiellen Ausgestaltung des Begriffs "wirtschaftliches Unternehmen", d.h.

⁵⁹ Nachweise finden sich dafür bei Schmidt-Jortzig, HKWP 5, S. 53, FN 12

⁶⁰ vgl. die Ausführungen oben, S. 28 f.

⁶¹ Rauball/Pappermann/Roters, GO NW, § 88, Rndnr. 12

mit dem qualifizierenden Merkmal der Wirtschaftlichkeit.⁶²

Überzeugend ist die Standortbeschreibung von Knemeyer⁶³, der die wirtschaftlichen Unternehmen der Kommunen im Bereich zwischen den hoheitlichen Einrichtungen, "die schon kraft ihrer Natur nicht von privaten Unternehmern zur Verfügung gestellt werden können und den gemeinnützigen Unternehmen, die im Anschluß an die Negativklausel des § 67 Abs. 2, Nr. 2 DGO⁶⁴ nicht zur Erwerbswirtschaft zu rechnen sind", einordnet.

Wie schwierig allerdings eine Abgrenzung des gemeinnützigen Unternehmens, dessen Aufgabe in der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Betreuung der Einwohner besteht, vom wirtschaftlichen Unternehmen ist, darauf verweist zu

⁶² vgl. hierzu die Kommentierungen zu Art. 74, Ziffer 11; die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes in bezug auf "das Recht der Wirtschaft", beispielhaft Rengeling, BK, Art. 74, Ziffer 11, Rdnr. 17

⁶³ Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, S. 175

⁶⁴ vgl. die Ausführungen unten, S. 36 ff., insbes. S. 40 f.

Recht Tettinger⁶⁵, der in diesem Zusammenhang von der "schwierigen Abschtichtung von "Betreuungs"-Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen" spricht.

Übereinstimmung besteht jedenfalls dahingehend, daß das wirtschaftliche Unternehmen von der "Wertschöpfungsabsicht" des öffentlichen Unternehmens bestimmt ist.

Gemeint ist damit das Erzeugen, Bereitstellen oder Verkaufen von Gütern und Dienstleistungen zur Befriedigung materieller Bedürfnisse.⁶⁶ Daß damit nur die Befriedigung kommunaldritter Bedürfnisse, also sogenannte "Fremdbedarfsdeckung"⁶⁷ gemeint ist, sei hierbei gesondert herausgestellt. Ob diese soeben definierte Wertschöpfung gleichzusetzen ist mit Gewinnerzielungsabsicht, ist um-

⁶⁵ Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht, Rndnr. 125 und 154; auf die Schwierigkeit einer exakten Grenzziehung weist auch Schmidt-Asmann in v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 168, hin.

⁶⁶ Stern/Püttner, Die Gemeindewirtschaft, S. 62

⁶⁷ Schmidt-Jortzig, HKWP 5, S. 53 (54)
Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, II, § 86, VII, b
Gerke, JURA 1985, 349 (351)

stritten.⁶⁸ Der Verfasser möchte das verneinen. Schmidt-Jortzig⁶⁹ beschreibt sehr überzeugend, daß ein Rentabilitätsgebot lediglich eine Soll-Regel in der kommunalen Wirtschaft darstelle, da durchaus eben gerade für kommunale Trägerschaft typische Produktions- und Dienstleistungsbetriebe denkbar sind, die unentgeltlich oder zumindest nur annähernd kostendeckend arbeiten.⁷⁰

Hiermit korrespondieren die Forderungen des § 94 GO NW. Mit dem gesetzgeberischen Postulat der nachhaltigen Förderung des öffentlichen Unternehmenszwecks ist nichts anderes gemeint, als die Verwirklichung der Wertschöpfung. Die Bestimmungen des § 94 Abs. 1 S. 2 und des Abs. 2 GO NW sind die Soll-Regeln für ein Rentabilitätsgebot.

- ⁶⁸ Gerke, JURA 1985, 349 (351)
 Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rndnr. 665
 Schmidt-Asmann in v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 168;
 anders Kottenberg, GO NW, § 69, Erl. I
 Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht, Rndnr. 154
 Erichsen in Grimm/Papier, NW Staats- und Verwaltungsrecht, S. 174
- ⁶⁹ Schmidt-Jortzig, HKWP 5, S. 53 ff. (54 und 55)
- ⁷⁰ Zu denken ist beispielsweise an die beinahe alle defizitär arbeitenden Verkehrsbetriebe, denen jedoch niemand den "wirtschaftlichen" Unternehmenscharakter absprechen würde.

Aus alledem eine Art zusammenfassende Globaldefinition zu entwickeln, bereitet Schwierigkeiten. Erichsen⁷¹ stellt wohl zu Recht fest, daß es trotz der vielfältigen Versuche, das wirtschaftliche Unternehmen zu definieren, eine "einverständliche begriffliche Erfassung" bis heute nicht gibt.

Am shesten brauchbar erscheint die von Gerke⁷² gelieferte zusammenfassende Umschreibung, wonach ein Wirtschaftsunternehmen dann besteht, "wenn Gemeinden unmittelbar oder mit selbständigen Organisationseinheiten am wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen, sie also als Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen am Markt auftreten, soweit diese nicht spezifisch gemeindliche oder gesetzlich vorgeschriebene sind und es sich nicht um eine Eigenbedarfsdeckung handelt".

⁷¹ Erichsen in Grimm/Papier, NW Staats- und Verfassungsrecht, S. 174

⁷² Gerke, JURA 1985, 349 (351)

2) Der Begriff des nicht wirtschaftlich betriebenen Unternehmens im Sinne des § 89 Abs. 2 GO NW

Der Begriff des nicht wirtschaftlich betriebenen Unternehmens - Gesellschaft, die nicht auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist - hat erstmals Eingang im Jahre 1979⁷³ in die Kommunalverfassung NW gefunden, wobei allerdings eine sicherlich notwendig gewesene Begriffserklärung unterblieben ist. Vielmehr hat es der Gesetzgeber - wie er es auch für den Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens getan hat - vorgezogen, Definitionen der Kommentarliteratur zu überlassen.⁷⁴

⁷³ vgl. das "Zweite Gesetz zur Änderung der Gemeindeordnung, der Kreisordnung und anderer kommunalverfassungsrechtlicher Vorschriften" vom 15.05.1979 (GV NW S. 408)

⁷⁴ so auch Fuchs, GemH 1978, 100 f., der seinerzeit die bevorstehende Neufassung der Bestimmungen über die wirtschaftliche Betätigung zum Anlaß nahm, in bezug auf § 88 GO NW vom "Beispiel für totale Begriffsverwirrung" zu schreiben. Dort aber festzustellen (vgl. a.a.O. S. 100), daß alle betriebswirtschaftlichen Kenntnisse über Bord zu werfen seien und blind darauf zu vertrauen, daß "die Unterscheidung in der Praxis sowieso keine Rolle spielen wird", erscheint zwar verlockend, führt aber - wie noch zu zeigen sein wird - nicht zur Problemlösung, weil es eben doch auf die Unterscheidbarkeit ankommt.

Für die hier vorzunehmende Negativ-Bestimmung bereitet das insofern nicht die Schwierigkeiten - so möchte man meinen -, weil die zuvor durchgeführte Positiv-Bestimmung für das wirtschaftliche Unternehmen helfend zu Rate gezogen werden kann.

Das hieße jedoch zu verkennen, daß die Begriffsbestimmungen für das wirtschaftliche Unternehmen im wesentlichen aus den sechziger und den frühen siebziger Jahren stammen, aus einer Zeit also, zu der es - abgesehen von der Negativ-Ausgrenzung des § 88 Abs. 2 GO NW⁷⁵ - über die im folgenden noch Ausführungen zu machen sein werden - wegen Fehlens einer Vergleichsvorschrift zu § 89 Abs. 2 GO NW einer konkreten begrifflichen Festlegung nicht bedurfte.⁷⁶

Hat demnach ersichtlich das neuere Schrifttum bei der Begriffsbestimmung dem zwischenzeitlich eingefügten § 89 Abs. 2 GO NW nicht Rechnung getragen, muß die Frage auf-

⁷⁵ vormals § 69 Abs. 2 GO NW i.d.F. vom 28.10.1952 (GV NW S. 167)

⁷⁶ vgl. die Ausführungen oben, S. 28 f., mit den dortigen Literaturhinweisen (vgl. FN 51), wo nachgewiesen werden konnte, daß die Definitionen z.T. den Ausführungsanweisungen zu § 67 DGO entstammen;

geworfen werden, ob nicht eine Neubestimmungsnotwendigkeit besteht.

Wird nämlich das "wirtschaftliche Unternehmen" definitiv quasi ausgegrenzt aus der klassischen hoheitlich geprägten Verwaltungsorganisationsstruktur⁷⁷, dann fällt, bleibt man bei der Begriffsklärung folgerichtig, das nicht wirtschaftliche Unternehmen wie von selbst zurück in den öffentlich-rechtlichen Schoß mit der Folge, daß Unternehmen, die nicht auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet sind, ausschließlich öffentlich-rechtlich organisiert werden könnten.⁷⁸

Daß dem nicht so ist, stellt aber gerade der Wortlaut des § 89 Abs. 2 GO NW klar; denn danach gibt es de lege lata die Gesellschaft des privaten Rechts, die nicht auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist.

⁷⁷ vgl. die Ausführungen oben, S. 29 ff.

⁷⁸ Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 665, hält alles für wirtschaftlich, was nicht spezifisch staatliche Tätigkeit bedeutet;

Hilfreich auf der Suche nach einer Begriffsbestimmung könnte § 88 Abs. 2 GO NW sein. Zumindest ist es erforderlich, ihn in die weiteren Überlegungen einzubeziehen.

a) § 88 Abs. 2 GO NW als Begriffsbestimmung?

Man nimmt keineswegs Untersuchungsergebnisse vorweg, wenn man eingangs feststellt, daß § 88 Abs. 2 GO NW erhebliche Einbindungsschwierigkeiten in die hier zu entwickelnde Systematik einer Begriffsbestimmung bereitet.

Entstehungsgeschichtlich ist er aus der DGO abgeleitet⁷⁹ und in zwei nordrhein-westfälischen Landesgesetzgebungsverfahren⁸⁰ - jedenfalls was seine Ziffer 2 angeht - kasuistisch aus Gründen der gewachsenen Bedeutung des Umweltschutzes und des gestiegenen Bedürfnisses nach Freizeitgestaltung verfeinert worden.⁸¹

Angefügt wurde eine neue Ziffer 3.

⁷⁹ vgl. § 67 Abs. 2, Ziffer 1 und 2 DGO

⁸⁰ vgl. zunächst § 69 Abs. 2 GO NW in der Fassung vom 28.10.1952 (GV NW S. 167), sodann § 88 Abs. 2 GO NW in der Fassung vom 13.08.1984 (GV NW S. 497)

⁸¹ Wenzel, GemH 1979, 217 (218)

Im Zuge der Beantwortung obiger Fragestellung ergeben sich, was den Abs. 2 des § 88 GO NW angeht, zwei Fragenkomplexe:

1. Wie versteht sich die Formulierung:

" als wirtschaftliche Unternehmen gelten nicht"?

2. Findet § 88 Abs. 2 GO NW Anwendung auf die kommunalen Gesellschaften im Sinne des § 89 GO NW und - wenn ja - aufgrund welcher Normensystematik?

aa) Die "Nicht-Geltung" in § 88 Abs. 2 GO NW

Der historische Entwicklungsprozeß offenbart erhebliche Unterschiede. Während noch die DGO in § 67 Abs. 2 formuliert:

"Wirtschaftliche Unternehmen im Sinne der §§ 67 bis 75 dieser Verordnung sind nicht..."

heißt es in der GO NW:

"als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne dieses Abschnitts gelten nicht ...".

In den übrigen Bundesländern finden sich die Formulierungen teilweise entsprechend § 67 Abs. 2 DGO, teilweise entsprechend § 88 Abs. 2 GO NW.⁸²

Im folgenden wird nachzuweisen sein, daß die eine wie die andere Formulierung rechtlichen Bedenken begegnen muß.

Die Formulierung, daß etwas oder jemand "gilt als" oder "nicht gilt als" ist bei der Normgebung nicht unüblich. Man spricht insoweit von der gesetzlichen Fiktion.⁸³

Engisch⁸⁴ beschreibt im Kapitel über Sinn und Struktur des Rechtssatzes anhand ausgewählter Beispiele des Familienrechts Sinn und Zweck derartiger Formulierungsvorgehensweisen durch den Normengeber.

⁸² beispielhaft für die Formulierung "gelten nicht":

§ 121 Abs. 2, Satz 1 HGO;

beispielhaft für die Formulierung "sind nicht":

§ 102 Abs. 3, Satz 1 GemO BW;

⁸³ Decker, GemH 1979, 221 (222) in bezug auf § 88 Abs. 2 GO NW

Kottenberg/Rehn, GO NW, Erl. zu § 88, VI 1

OVG Münster, NVwZ 11986, 1045 (1046)

⁸⁴ Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 17

"Daß ungeachtet des gleichen natürlichen Grundsachverhaltes... unterschiedliche Rechtsfolgen Platz greifen können, erklärt sich daraus, daß in dem Rechtssatz nicht ein an sich gegebener Tatbestand begrifflich festgestellt und zum Gegenstand von wissenschaftlichen Aussagen... gemacht wird, sondern daß hier gesetzliche Tatbestände als Voraussetzungen bestimmter rechtlicher Regelungen (zivilrechtlicher oder strafrechtlicher oder auch öffentlich-rechtlicher Art) markiert und gewissermaßen festgesetzt werden, wobei der Gesetzgeber die Freiheit hat, die tatbestandlichen Voraussetzungen unter Hinblick auf die spezifischen rechtlichen Angriffspunkte unterschiedlich zu bestimmen, also den einheitlichen natürlichen Grundtatbestand... unter Ausrichtung an den jeweiligen Rechtsfolgen immer wieder anders zu beurteilen und zu fassen".

Greift man diese Überlegungen zur Normenstruktur auf und wendet sie auf die hier zu erörternde Ausschlußklausel an, so bedeutet das folgendes:

Unabhängig von der Frage, ob die Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale für das wirtschaftliche Unternehmen

dessen Vorliegen ergäben, wünscht der Gesetzgeber, daß als Rechtsfolge jedenfalls feststeht, daß ein Unternehmen der in § 88 Abs. 2 GO NW genannten Art als nicht wirtschaftliches oder nicht als wirtschaftliches behandelt wird.

Nach Tettinger⁸⁵ handelt es sich hier um eine gesetzliche Anordnung.

Fest steht damit, daß die in den Ziffern 1 und 2 des § 88 Abs. 2 GO NW genannten Unternehmen per definitionem durchaus wirtschaftliche Unternehmen sein könnten, weil die oben dargelegten Merkmale auf sie zutreffen, der Gesetzgeber statuiert jedoch als Rechtsfolge das Verbot,

⁸⁵ Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht, Rdnr. 153

sich wie ein wirtschaftliches Unternehmen zu organisieren und aufzutreten.⁸⁶

Davon ausgenommen bleibt die Ziffer 3 des Abs. 2 von § 88 GO NW. Insoweit ist aufgrund der obigen Ausführungen⁸⁷ und der dort getroffenen Aussage, daß ein wirtschaftliches Unternehmen nur dann gegeben ist, wenn sogenannte Fremdbedarfsdeckung Unternehmenszweck ist, festzustellen, daß die in Ziffer 3 von Abs. 2 genannten Unternehmen tatsächlich nicht wirtschaftlicher Art sind.⁸⁸

⁸⁶ so im Ergebnis auch Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 667; wenn der Autor formuliert, daß kraft gesetzlicher Definition bestimmte Einrichtungen a priori von einer "wirtschaftlichen Betreibung" ausgenommen sind, so läßt das nach Auffassung des Verfassers zumindest den Rückschluß zu, daß eine wirtschaftliche Betreibung auch für diese Unternehmen möglich wäre; und Reiners, Kommunales Verfassungsrecht NW, S. 257, wenn er formuliert: "Dabei handelt es sich um Einrichtungen der Gemeinde, die zwar nach der allgemeinen Begriffsdefinition als wirtschaftliche Unternehmen anzusehen wären, aber aufgrund der gesetzlichen Regelung als solche nicht gelten."

⁸⁷ vgl. die Ausführungen oben, S. 33, FN 67

⁸⁸ Daß die Gesetzesänderung im Jahre 1979 bezüglich der Ziffer 3 des § 88 Abs. 2 GO NW lediglich eine "ausdrückliche Klarstellung" sein sollte, konstatieren auch Wenzel, GemH 1979, 217 (218) sowie Kottenberg/Rehn, GO NW, § 88, Erl. VI, 1

Seitens des Gesetzgebers hätte daher formuliert werden müssen:

"Wirtschaftliche Unternehmen im Sinne dieses Abschnittes sind nicht:

Einrichtungen, die als Hilfsbetriebe ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs von Gemeinden dienen bzw. als solche gelten nicht:

1. Unternehmen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
2. Einrichtungen des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfall- und Abwasserbeseitigung, der Straßenreinigung sowie Einrichtungen ähnlicher Art.

bb) Anwendbarkeit des § 88 Abs. 2 im Rahmen des
§ 89 GO NW

Mit der weiteren Frage⁸⁹, ob und über welchen Weg die "Nichtwirtschaftlichkeitstatbestände" - formuliert in § 88 Abs. 2 GO NW - im Zuge des kommunalen Gesellschaftsrechts - also bei Anwendung des § 89 GO NW - zu berücksichtigen sind,

⁸⁹ vgl. die Ausführungen oben, S. 40

sichtigen sind, haben sich bisher - soweit ersichtlich - Schrifttum und Rechtsprechung nicht befaßt.

Unzulässig erscheint es dem Verfasser, über die Formulierung des § 89 Abs. 1 Ziffer 1 GO NW den Abs. 2 des § 88 GO NW gänzlich für unanwendbar zu erklären und etwa zu formulieren, daß vermittels der Gründung einer Gesellschaft im Sinne der Definition des § 89 GO NW⁹⁰ auch die in Abs. 2 des § 88 GO NW genannten Unternehmenszwecke in wirtschaftlicher Unternehmensform organisierbar und abwicklungsfähig seien.

In Anbetracht der zuvor gemachten Ausführungen könnte eine derartige These deshalb nicht unerhebliche Bedeutung haben, weil ja abgesehen von der Ziffer 3 des § 88 Abs. 2 GO NW alle übrigen in den Ziffern 1 und 2 genannten Veranstellungszwecke in wirtschaftlicher Unternehmensform denkbar sind.⁹¹

Gestützt werden könnte diese These auf die Verweisungssystematik der §§ 89 und 88 GO NW. Danach ist die Gründung einer Gesellschaft, die auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist oder die Beteiligung an

⁹⁰ vgl. die Ausführungen oben, S. 19 ff.

⁹¹ allerdings im Wege der Normeninterpretation

einem solchen Unternehmen nur zulässig (vgl. § 89 Abs. 1 GO NW), wenn die Voraussetzungen des § 88 Abs. 1 GO NW vorliegen. § 89 Abs. 1 GO NW verweist also ausschließlich auf § 88 Abs. 1 GO NW, nicht jedoch auf die Ausschlussklausel des § 88 Abs. 2 GO NW.

Richtig - und in Einklang mit dem gesetzgeberischen Willen - erscheint es, den Abs. 2 des § 88 GO NW - was die begriffliche Geltung "wirtschaftliches Unternehmen" angeht - als für den gesamten 3. Abschnitt des VI. Teils der GO NW verbindlich zu erklären.⁹²

Zwar wäre gesetzestechnisch verständlicher das Zusammenspiel der Vorschriften gewesen, hätte der Gesetzgeber die Ausschlussklausel des § 88 Abs. 2 GO NW sowie den Abs. 2 des § 89 GO NW insgesamt in einer gemeinschaftlichen Vorschrift hinter die §§ 88 und 89 GO NW geschaltet und mit einer eigenen Überschrift - z.B. "nicht wirtschaftliche Unternehmen" - versehen, keinesfalls kann aber über den "Umweg einer Gesellschaftsgründung" quasi als Umgehungstatbestand für die in § 88 Abs. 2 GO NW genannten Veran-

⁹² so die Formulierung in § 88 Abs. 2, Satz 1:
als wirtschaftliche Unternehmen "im Sinne dieses Abschnitts" gelten nicht...

staltungszwecke die wirtschaftliche Unternehmensform wieder zugelassen werden.

b) Andere Kriterien zur Begriffsklärung

Steht damit fest, daß die in den Ziffern 1 und 2 von § 88 Abs. 2 GO NW normierte Fiktion der "Nicht-Wirtschaftlichkeit" auf § 89 Abs. 2 GO NW Anwendung findet, so läßt sich daraus die Feststellung ableiten, daß jedenfalls alle unter den Katalog der Ziffern 1 und 2 des § 88 Abs. 2 GO NW zu subsumierenden Gesellschaftszwecke nach dem Willen des Gesetzgebers den Begriff des nicht wirtschaftlich betriebenen Unternehmens erfüllen.

Die Gesellschaftsgründung bzw. die Beteiligung an einer solchen, deren Gesellschaftszweck den Ziffern 1 und 2 zuzurechnen ist, führt unumgänglich zur Anwendung von § 89 Abs. 2 GO NW.

Gleiches gilt für die Gesellschaftszwecke der Ziffer 3 des § 88 Abs. 2 GO NW, mit dem einzigen Unterschied, daß es der Überwindung der Gesetzesfiktion nicht bedarf.

Verbleibt die Frage, ob damit das gesamte Spektrum nicht wirtschaftlicher Betätigung eingefangen ist, ob also andere Betätigungen nicht wirtschaftlicher Art nicht denkbar sind oder ob es einer Revision oder Teilrevision der Begriffsmerkmale, die für die Bestimmung des wirtschaftlichen Unternehmens gelten, bei der Begriffserklärung des nicht wirtschaftlichen Unternehmens bedarf, um nicht in die oben aufgezeigte Schwierigkeit des "Abrutschens" in öffentlich-rechtliche Organisationsformen zu geraten.⁹³

Letzteres geht in der Tat dann, wenn zur Begriffsbestimmung der Nicht-Wirtschaftlichkeit eines Unternehmens die es bestimmenden organisationsstrukturellen Elemente nicht mit herangezogen werden, wenn das Unternehmen eben nicht zur öffentlichen Verwaltung abgegrenzt wird.⁹⁴

⁹³ vgl. die Ausführungen oben, S. 38

⁹⁴ vgl. die Ausführungen oben, S. 38, diese fußend auf den Ausführungen oben, S. 31

Wenig hilfreich ist der aus dem Steuerrecht⁹⁵ von Gönnewein⁹⁶ übernommene Begriff der "Hoheitsbetriebe". Als solche werden Unternehmen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts bezeichnet, die überwiegend der Ausübung öffentlicher Gewalt dienen, die also von Betrieben gewerblicher Art unterschieden werden.

Folgen möchte der Verfasser der Definition von Schmidt-Jortzig⁹⁷, der als nicht wirtschaftlich alle die Unternehmen einstuft, bei denen "von vornherein aus sozialpolitischen Gründen auf Rentabilität verzichtet" werden soll oder muß.

Allerdings ist in zweierlei Hinsicht Vorsicht geboten. Zum einen ist fraglich, ob die angeführten Beispiele⁹⁸ nicht unter die Ziffer 2 des § 88 Abs. 2 GO NW subsumiert werden müssen, zum anderen ist gerade das Rentabilitäts-

⁹⁵ vgl. § 2 Abs. 2 Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung-GewStDV- und

§ 4 Abs. 5 Körperschaftssteuergesetz-KStG-

⁹⁶ Gönnewein, Gemeinderecht, § 82, S. 480 unter bezug auf

Muntzke/Schlempp, Hessische Gemeindeordnung, § 98, Anm. VIII, S. 876

⁹⁷ Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 666

⁹⁸ Schmidt-Jortzig, a.a.O., Rdnr. 666; z.B.: Museen, Theater, Konzerte, Bäder

kriterium inhaltlich deckungsgleich, zumindest aber angenähert dem der Gewinnerzielung. Für letzteres steht aber fest - und insoweit sei auf die obigen Ausführungen verwiesen ⁹⁹ -, daß Entgeltlichkeit und Gewinnerzielungsabsicht allenfalls "Akzidentalia" des wirtschaftlichen Unternehmens sind, die unter bestimmten Umständen hinzutreten können, aber nicht müssen.

Will man an dieser Stelle nicht doch kapitulieren, dann bleibt nur der konkrete Abgleich mit den das wirtschaftliche Unternehmen bestimmenden einzelnen Begriffen.¹⁰⁰ Identisch ist für beide der Unternehmensbegriff. "Wertschöpfung" und "nach kaufmännischen Grundsätzen organisierter Geschäftsbereich" sind nach den obigen Ausführungen nunmehr ebenfalls für beide Unternehmensarten begriffsbestimmend.

Somit kann es letztlich nur um die Abkehr vom "ökonomischen Prinzip" gehen. Verlangt man für das wirtschaftlich betriebene Unternehmen eine Ausgewogenheit zwischen Mitteleinsatz und Leistungserfolg¹⁰¹, ist folglich das nicht

⁹⁹ vgl. die Ausführungen oben, S. 33 und dort insbesondere die Literaturnachweise in der FN 68

¹⁰⁰ vgl. die Ausführungen oben, S. 27 ff.

¹⁰¹ Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 662

wirtschaftlich betriebene Unternehmen dadurch beschrieben, daß es unternehmenspolitisch nicht auf die eben beschriebene Ausgewogenheit angelegt ist. Welche Gründe dafür maßgebend sind, wird im Fünften Teil¹⁰² dieser Arbeit noch aufzuzeigen sein.

Fest steht jedoch damit, daß auch das nicht wirtschaftliche Unternehmen einen eigenständig definierbaren materiellen Gehalt hat, somit über die vom Gesetzgeber gewollten Zuordnungen der Ziffern 1 bis 3 des § 88 Abs. 2 GO NW hinaus bestimmbare nicht wirtschaftliche Unternehmenszwecke tatsächlich und rechtlich möglich sind.

3) Zusammenfassung

Das wirtschaftlich und das nicht wirtschaftlich betriebene Unternehmen im Sinne der Bestimmungen des 3. Abschnitts des VI. Teils der GO NW lassen sich eigenständig definieren. Dafür besteht wegen der daran anknüpfenden unterschiedlichen Zulassungsvoraussetzungen - § 88 Abs. 1 bzw. § 89 Abs. 2 GO NW - ein Rechtsbedürfnis.

¹⁰²vgl. die Ausführungen unten, S. 208 ff.

Begriffkongruenz liegt insoweit vor, als es sich bei beiden Unternehmensarten um Betriebseinheiten von gewisser organisatorischer Festigkeit, Dauer und Selbständigkeit zum Zwecke der Wertschöpfung, organisiert nach kaufmännischen Betriebsgrundsätzen, handeln muß.

Erst im Hinblick auf das konkret verfolgte Unternehmensziel unterscheiden sich beide Unternehmensarten.

Ökonomische Ausgewogenheit zwischen Mitteleinsatz und Leistungserfolg, der nach überwiegender Ansicht Gewinn zwar nicht ausdrücklich verlangt, aber eine "Gewinnmitnahme"¹⁰³ durchaus einschließt, bestimmen das wirtschaftliche Unternehmen.

Fehlt es an dieser Ausgewogenheit auf der Aufwand- und/oder der Ertrags-(Erfolgs-)seite, entsteht definitiv das nicht wirtschaftliche Unternehmen.

Darüber hinaus ist es in § 88 Abs. 2, Ziffer 3 GO NW mangels Fremdbedarfsdeckung beschrieben. Letztlich ist es gesetzlich fiktiv in den Ziffern 1 und 2 des § 88 Abs. 2 GO NW bestimmt, wobei festgestellt werden muß, daß die meisten der in Ziffer 2 aufgezählten Zwecke Zielvorstellungen beinhalten, welche die Abkehr vom ökonomischen Prinzip aus sozialpolitischen Gründen¹⁰⁴ verlangen.

¹⁰³ So möchte der Verfasser in Orientierung an Wolffscher Terminologie vermittelnd die unterschiedlichen Standpunkte zur Frage der Gewinnerzielungsabsicht zusammenfassen; vgl. Wolff, AfK 1963, 149 (171)

¹⁰⁴ Nach Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, S. 175, steht bei diesen Unternehmen die "Gemeinnützigkeit" im Vordergrund.

D R I T T E R T E I L

Die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen

Bestand die Aufgabe im Zweiten Teil dieser Arbeit darin, darzulegen, daß wirtschaftliche Betätigung im Sinne der einschlägigen Vorschriften das wirtschaftliche und nicht wirtschaftliche Tätigwerden in Unternehmensform aufgrund gesellschaftsrechtlicher Organisationsstruktur bedeutet, und darin, ausgehend von einer schwer nachvollziehbaren Systematik der gesetzlichen Vorschriften darzutun, daß eine Unterscheidung zwischen "wirtschaftlich" und "nicht wirtschaftlich" notwendig ist, weil der Gesetzgeber jeweils unterschiedliche Zulassungsvoraussetzungen daran knüpft, so geht es im folgenden um die Auseinandersetzung mit eben diesen unterschiedlichen Zulassungsmerkmalen.

I. Gründung und Beteiligung

1) Zu den Begriffen im allgemeinen

Die einzelnen Zulässigkeitsmerkmale für wirtschaftliche Betätigung in Gesellschaftsform beziehen sich in gleicher Weise auf die Gründung einer Gesellschaft wie auf die Be-

teilung an einer solchen Gesellschaft¹⁰⁵, so daß sich notwendig die Frage auftut, ob und inwiefern Gründung und Beteiligung unterschiedlich behandelt werden müssen. Dies wiederum setzt zunächst, die gesetzgeberische Intention nachvollziehend, einige begriffliche Festlegungen voraus.

Gründung¹⁰⁶ ist die Bildung einer Gesellschaft durch den nach dem Gesellschaftsrecht vorgeschriebenen Gründungsakt.¹⁰⁷

Inwieweit die Kommune Teilnehmer einer gesellschaftsrechtlichen Gründungsveranstaltung sein kann, erscheint fraglich.

Sieht man von der einzig im GmbH-Recht - aber auch dort erst seit dem 01.01.1981¹⁰⁸ - zugelassenen Möglichkeit

¹⁰⁵vgl. § 89 Abs. 1 GO NW

¹⁰⁶Der Gründungsbegriff ist erst im Zuge der Neufassung der Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden im Jahre 1979 (vgl. genaue Fundstelle S. 19, FN 1) in das kommunale Wirtschaftsrecht eingefügt worden. Die vorhergehenden Fassungen der GO NW enthielten ausschließlich den Beteiligungsbegriff.

¹⁰⁷Rauball/Papppermann/Roters, GO NW, § 89, Rndnr. 2

¹⁰⁸Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und andere gesellschaftsrechtliche Vorschriften vom 04.07.1980 (BGBl. I, S. 836 ff.)

der einseitigen Errichtungserklärung¹⁰⁹ ab, so bedarf grundsätzlich die Gründung der rechtsgeschäftlichen Erklärung mehrerer Personen.¹¹⁰

In allen diesen zuletzt genannten Regelfällen kann es deshalb nur um Beteiligungsrechte an Gesellschaften gehen.

Schmidt-Jortzig¹¹¹ beschreibt sehr anschaulich den von der Kommune einzuschlagenden Weg. Danach kann die Gemeinde, "vom atypischen Fall der Singulargründung abgesehen, den Weg über eine Beteiligung an der Gesellschaft gehen, sei es, daß sie mit Partnern, meist Stroh Männern, selbst die Gründung der Gesellschaft vornimmt und deren Anteile dann erwirbt, sei es, daß sie sich nachträglich immer weiter in eine bestehende Gesellschaft einkauft".

Hat nach den Verfahrensregeln des Gesellschaftsrechts danach die Gründung kaum eigenständige Bedeutung, wird sie vielmehr von der Literatur als "Sonderfall der Beteili-

¹⁰⁹ Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 718, unter Hinweis auf die ausführliche Darstellung von Fezer, JZ 1981, 608 ff.

¹¹⁰ so z.B. für die Aktiengesellschaft 5 Personen gemäß § 2 Aktiengesetz-AktG

¹¹¹ Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 718

gung"¹¹² bezeichnet, entsteht die Frage, warum der Gesetzgeber Wert auf die ausdrückliche Einbringung des Gründungsbegriffs in § 89 GO NW gelegt hat.

Antwort gibt die amtliche Begründung zu Abs. 1 von § 89 GO NW, wonach die Gründungsmodalität deshalb gesondert aufgeführt ist, um Fälle echter Umwandlung nach den §§ 57 und 58 des Umwandlungsgesetzes - UmwG - zu erfassen.¹¹³

Angemerkt sei, daß es dabei zu einer gesetzessystematischen Einpassung der Gründungsmodalität nicht gekommen ist. So stellt § 28 Abs. 1 Bst. m GO NW - die Ausschließlichkeitsregelung über die Ratszuständigkeiten - weiterhin lediglich auf die Beteiligung an einer Gesellschaft ab. Auf die Irrelevanz der strengen begrifflichen Unterscheidungen weist - das sei abschließend bemerkt - Schmidt-Jortzig¹¹⁴ hin, insofern als über die Verweisung von § 89 Abs. 1 auf § 88 Abs. 1 GO NW - "Errichtung" ei-

¹¹² Rauball/Pappermann/Roters, GO NW, § 89, Rndnr. 2
Kottenberg/Rehn, GO NW, § 89, Erl. II, 1
Für Schmidt-Jortzig, HKWP 5, S. 53 (64) hat das Gründungsmerkmal nur "begrenzt eigene Bedeutung". Es beziehe sich nur auf die Ein-Mann-GmbH.

¹¹³ vgl. Rauball/Pappermann/Roters, a.a.O., § 89 Rndnr. 2 und Kottenberg/Rehn, a.a.O., § 89, Erl. II, 1 unter bezug auf das Umwandlungsgesetz

¹¹⁴ Schmidt-Jortzig, HKWP 5, S. 52 (64)

nes wirtschaftlichen Unternehmens - der Gründungsfall bereits erfasst sei.

Einschränkend sei hinzugefügt, daß dies jedoch nur für die wirtschaftlichen Unternehmen gilt, da die Verweisung des § 89 Abs. 2 GO NW "die Wirtschaftsklausel"¹¹⁵ nicht in Bezug nimmt.

Im Ergebnis jedenfalls hat die Unterscheidung - und das ist richtig - kaum praktische Bedeutung, so daß sich für den weiteren Gang der Arbeit eine dahingehende Differenzierung erübrigt.

2) Sonderformen der Beteiligung an Gesellschaften des privaten Rechts

a) Mittelbare Beteiligungen

Neben der zuvor genannten unmittelbaren Beteiligung besteht für die Kommunen auch die Möglichkeit, sich mittelbar an Gesellschaften des privaten Rechts zu beteiligen.

¹¹⁵Schmidt-Jorzig, a.a.O., S. 64

Die Zulässigkeit einer derartigen Beteiligungsform ist geregelt in § 89 Abs. 4 GO NW.¹¹⁶

Mittelbare Beteiligung ist dann gegeben, wenn eine Gesellschaft, an der Gemeinden oder Gemeindeverbände allein oder zusammen mit anderen mit mehr als 50 % beteiligt sind, sich an einer anderen Gesellschaft beteiligen will, sogenannte "Verschachtelung"¹¹⁷ oder Bildung von "gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen"¹¹⁸.

Die Zulässigkeit derartiger Schachtelbeteiligungen bestimmt sich ebenfalls nach den Kriterien des § 89 Abs. 1 und 2 GO NW und ebenfalls unterschieden nach mittelbarer Beteiligung an einem wirtschaftlichen und einem nicht wirtschaftlichen Unternehmen.

Sinn und Zweck einer derartigen Vorschrift ist es, Gesellschaften, die maßgeblich von Gemeinden oder Gemeindeverbänden beeinflusst werden, vor unübersichtlichen

¹¹⁶so auch die Formulierung des Gesetzgebers, vgl.

§ 96 Abs. 2 GO NW

¹¹⁷Gönnewein, Gemeinderecht, S. 500

¹¹⁸Fischedick, Die Wahl der Benutzungsform, S. 9

oder risikoreichen Beteiligungen oder Verpflichtungen zu bewahren.¹¹⁹

Diese von Kottenberg/Rehn gegebene Gesetzesbegründung ist jedoch nur ein Aspekt des Normzwecks. Mindestens gleichrangig wichtig ist die Feststellung, daß bei Fehlen einer derartigen Vorschrift über den Weg der Beteiligung an einer Gesellschaft durch eine Gesellschaft, an der die Kommune Mehrheitsbeteiligter ist, die gesamten Zulässigkeitsmerkmale kommunaler wirtschaftlicher und nicht wirtschaftlicher Betätigung umgangen werden könnten und vermittels einer solchen dann neu entstehenden Beteiligungsgesellschaft die Kommune diesbezüglich keinerlei Zulässigkeitsprüfungen mehr unterworfen wäre.

Da bedürfte es dann nicht des Nachweises des dringenden öffentlichen Zwecks¹²⁰ sowie des Vorliegens aller weiteren Zulassungsvoraussetzungen, die noch zu erörtern sein werden.

¹¹⁹Kottenberg/Rehn, GO NW, Erl. V

¹²⁰vgl. die Ausführungen unten, S. 65 ff.

b) Konzernbildung und Holding-Gesellschaften

Nicht speziell im Gründungs- und Beteiligungsrecht geregelt ist die Anwendbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen über das Konzernrecht¹²¹, obwohl im kommunalen Wirtschaftsrecht dafür ein ebensolches Interesse wie in der privaten Wirtschaft besteht.

Da jede Kommune Träger einer Vielzahl von Unternehmen in privater Rechtsform sein kann, die untereinander nicht verbunden sind, wird durch Konzernbildung und Gründung einer Muttergesellschaft - Holding-Gesellschaft -, die aufgrund eines Beherrschungsvertrages entscheidend Einfluß auf die im Konzern zusammengefaßten Tochtergesellschaften nimmt, eine effiziente Kommunalwirtschaft möglich.

¹²¹ vgl. §§ 15 ff., insbesondere § 18 sowie §§ 291 ff. AktG

Die Zulässigkeit derartiger Holding-Konzepte ist in Literatur und Rechtsprechung heute unbestritten. Sie bestimmt sich ebenfalls nach § 89 Abs. 4 GO NW.¹²²

In der Praxis werden mit derartigen Konzernkonzepten im wesentlichen zwei Ziele verfolgt. So soll zum einen erreicht werden, daß durch die Konzernmutter oder Dachgesellschaft im Wege einer rationellen Betriebsführung eine für alle Tochtergesellschaften möglichst einheitliche Unternehmenspolitik gewährleistet wird, zum anderen - und dieser Gesichtspunkt spielt eine ebenso wesentliche Rolle - hat die Holding-Gesellschaft die Aufgabe, Gewinne und Verluste ihrer Untergesellschaften zu "poolen" und dadurch eine erhebliche Steuerentlastung zu erreichen.¹²³

- ¹²² Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 730
 Fischesdick, Die Wahl der Benutzungsform, S. 10
 Püttner, HKWP 5, S. 119 (120 f.)
 Die noch 1976/77 geführte Rechtsdiskussion, ob die Körperschaft des öffentlichen Rechts ein herrschendes Unternehmen i.S.v. § 18 Abs. 1 AktG sein könne, ausgelöst durch die Bundesunternehmen VEBA/Gelsenberg (vgl. BGHZ 69, 334 ff. und v. Mutius/Nesselmüller, NJW 1976, 1878 ff.) hat sich insoweit erledigt.
- ¹²³ Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 728
 Nesselmüller, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten, S. 26
 Vitzthum, AÖR 104 (1979), 580 (618)
 Fischesdick, Die Wahl der Benutzungsform, S. 10

Besonders im Bereich Versorgung und Verkehr hat sich dieses steuerliche Verrechnungssystem auf kommunaler Ebene zwischenzeitlich bewährt.

Darüber hinausgehend sind in der kommunalen Praxis vielfältige Holding-Konzepte entwickelt worden. Auf die steuerrechtliche Zulässigkeit, insbesondere gerade im Hinblick auf die Organisationsform, wird bei der Erörterung der Motive, die für die Kommunen bestimmend sind, im Vierten Teil dieser Arbeit noch einzugehen sein.¹²⁴

II. Die Zulassungsvoraussetzungen für die Gesellschaft, die auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist

Die Zulassungsvoraussetzungen ergeben sich aus den Ziffern 1 bis 3 des § 89 Abs. 1 GO NW, wobei Ziffer 1 auf den Abs. 1 des § 88 als unabdingbar verweist.

¹²⁴vgl. die Ausführungen unten, S. 186 ff.

Gründung oder Beteiligung an einer Gesellschaft sind zulässig, wenn

1. ein dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert,
2. dieser Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann,
3. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,
4. für die Gemeinde eine Rechtsform gewählt wird, die die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt,
5. gewährleistet ist, daß der Jahresabschluß, soweit nicht andere Rechtsvorschriften entgegenstehen, entsprechend den aktienrechtlichen oder den für die Eigenbetriebe geltenden Vorschriften aufgestellt und geprüft wird.

1) Das Erfordernis des dringenden öffentlichen Zwecks

Die öffentliche Zweckbestimmung als Grundvoraussetzung wirtschaftlicher Betätigung geht zurück auf die Formulierung in § 67 DGO, wonach die Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen nur errichten oder wesentlich erweitern dürfen, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigte.

Die Voraussetzung des öffentlichen Zweckes haben ersichtlich alle Kommunalverfassungen der Bundesländer übernommen¹²⁵, ausgenommen Nordrhein-Westfalen, wo der Gesetzgeber den dringenden öffentlichen Zweck statuiert hat, wobei festzustellen ist, daß diese verschärfte Zulassungsbedingung nicht etwa eines der Ergebnisse der Neufassung der Bestimmungen zum Gemeindewirtschaftsrecht im Jahre 1979 ist¹²⁶, sondern bereits in der nordrhein-westfälischen Ursprungsfassung von 1952¹²⁷ enthalten war.

¹²⁵ vgl. die Zusammenstellung der entsprechenden Vorschriften aller Bundesländer in den Ausführungen oben, S. 8, FN 13

¹²⁶ vgl. die Ausführungen oben, S. 36, FN 73

¹²⁷ vgl. die Ausführungen oben, S. 37, FN 75

Als unbestimmter Rechtsbegriff auf der Tatbestandsseite bereitet die Festlegung aufgrund der inhaltlichen Offenheit aller Einzelbegriffe erhebliche Schwierigkeiten.

Hinzu kommt, daß wegen der unterschiedlichen landesgesetzlichen Formulierungen¹²⁸ auch zu unterscheiden sein wird zwischen einem "öffentlichen Zweck" und einem "dringenden öffentlichen Zweck", zumindest jedoch die Frage zu stellen sein wird, ob es sich bei dem Kriterium "dringend" um ein verschärfendes Tatbestandsmerkmal handelt, das einer gesonderten Interpretation und Festlegung bedarf.¹²⁹

a) Subsumtion als gemeindliches Privileg

Obwohl eine noch zu beschreibende Mitwirkungsberechtigung der Aufsichtsbehörde¹³⁰ bei der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen gegeben ist, besteht Übereinstimmung, daß die Subsumtion unter die wertausfüllungsbedürftigen

¹²⁸ vgl. die Ausführungen oben, S. 65

¹²⁹ vgl. die Ausführungen unten, S. 76 ff. (77 f.)

¹³⁰ vgl. die Ausführungen unten, S. 110 ff.

unbestimmten Rechtsbegriffe¹³¹ zunächst Sache der Gemeinde ist.¹³²

Die rechtliche Problematik besteht indes darin festzulegen, wie weitgehend die Ausfüllung durch die Kommune prüfungshalber nachvollzogen werden muß.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit¹³³ geht soweit, daß sie die Beurteilung des öffentlichen Zwecks der Bewertung durch den Richter weitgehend entzieht und das Bestimmungsrecht zum Inhalt sachgerechter Kommunalpolitik erklärt. Daß dann im wesentlichen Zweckmäßigkeitsüberlegungen ausschlaggebend sind, wird dabei mehr als nur billigend in Kauf genommen.

In der Literatur lassen sich Parallelen zur Diskussion um den Begriff des öffentlichen Bedürfnisses in § 19 S. 1 GO NW - die materielle Begründung für den Anschluß- und Benutzungszwang - feststellen.

¹³¹so konkreter umschrieben von Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 688, zurückgehend auf Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, § 31, I, c, 3,

¹³²Schefold, VOP 1985, 28 (32)

¹³³BVerwGE 39, 329 (334)

OVG Münster, DÖV 1986, 339 (341)

Hier wie dort geht es um die Intensität der Nachprüfung der Einzelfallsubsumtion, wobei das Meinungsspektrum, insbesondere § 19 S. 1 GO NW betreffend, vom gerichtlich voll nachprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff¹³⁴ bis zur ausschließlich rechtspolitisch begründeten Entscheidung¹³⁵ reicht.¹³⁶

In bezug auf das Erfordernis des öffentlichen Zwecks bei der wirtschaftlichen Betätigung wird dieses für nur eingeschränkt nachprüfbar erklärt.¹³⁷

Danach eröffnet der unbestimmte Rechtsbegriff der Gemeinde einen Beurteilungsspielraum¹³⁸ - auch als Ein-

¹³⁴ v. Loebell, Gemeindeordnung NW, § 19, Erl. 6

¹³⁵ Rauball/Pappermann/Roters, GO NW, § 19 Rdnr. 4

Kottenberg/Rehn, GO NW, § 19, Erl. IV, 1

¹³⁶ vgl. die Streitstand-Gegenüberstellung bei Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht, Rdnr. 144

¹³⁷ v. Loebell, Gemeindeordnung NW, § 88, Erl. 4

Schmidt-Asmann in v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 169 f.

Rauball/Pappermann/Roters, GO NW, § 88, Rdnr. 4

Gerke, JURA 1985, 349 (352)

Habermehl, VR 1987, 105 (107)

Hidien, DÖV 1983, 1002 f.

¹³⁸ Habermehl, a.a.O., S. 107

Gerke, a.a.O., S. 352

v. Loebell, a.a.O., Erl. 4

schätzungsprärogative¹³⁹ oder Beurteilungsprärogative¹⁴⁰ bezeichnet - durch den die Kontrolle diesbezüglich im wesentlichen auf die Prüfung beschränkt ist, "ob die Verwaltungsbehörde ihrer Entscheidung einen zutreffenden und sorgfältig ermittelten Sachverhalt zugrunde gelegt, die durch Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs zu gewinnenden Direktiven und Beurteilungsmaßstäbe beachtet, ihre Entscheidung auf ein angemessenes Einschätzungsverfahren gestützt, dabei willkürliche Erwägungen und Verfahrensfehler vermieden sowie ihre Beurteilung dergestalt verdeutlicht und begründet hat, daß die korrekte Anwendung der Maßstäbe erkennbar und im Ansatz nachvollziehbar wird"¹⁴¹.

Zu Recht weisen Stern/Püttner¹⁴² auf die Gefahr hin, daß kommunalpolitisch motivierte Zulässigkeitsbestimmungen "je nach den Umständen, den Ansichten der jeweiligen Mehrheit in der kommunalen Vertretungskörperschaft oder der Spitze der Stadtverwaltung" aus-

¹³⁹Hidien, a.a.O., S. 1002

Habermehl, a.a.O., S. 107

Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 688

¹⁴⁰Tettinger, DVBl. 1982, 421 (422)

¹⁴¹Tettinger, a.a.O., S. 422

¹⁴²Stern/Püttner, Die Gemeindewirtschaft, S. 72 f.

gewechselt werden können, bis dahin, daß auch zeitweilig überhaupt keine bestimmten Konzeptionen vorherrschen.¹⁴³

Wenn daher der von Tettinger¹⁴⁴ soeben beschriebene "Erwägungs- und Begründungszwang"¹⁴⁵ nachprüfbar sein soll, bedarf es trotz aller Schwierigkeiten bei der Ausfüllung von unbestimmten Rechtsbegriffen der Festlegung von Prüfungskriterien.

Keinesfalls ist etwa - das läßt sich jedenfalls nunmehr feststellen - die Gemeinde kraft Organisationshoheit in die Lage versetzt, den "öffentlichen Zweck" allein politisch motiviert, unnachprüfbar durch Aufsichtsbehörde und Gerichte, festzulegen.

b) Versuch einer Begriffsbestimmung "öffentlicher Zweck"

Wie alle unbestimmten wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe ist auch der hier zu bestimmende abstrakt nur schwer zu fassen. Deshalb sind wohl die einschlägigen

¹⁴³ Daß das öffentliche Interesse ein mit der Zeit und den Anschauungen wandelbarer Begriff ist, darauf verweist Vitzthum, AÖR 104 (1979), 580 (598 f.)

¹⁴⁴ Tettinger, DVBl. 1982, 421 (422)

¹⁴⁵ Schmidt-Jortzig, HKWP 5, S. 53 (57)

Kommentatoren der Aufgabe durchweg aus dem Wege gegangen.¹⁴⁶

Einen guten Überblick über die normtheoretischen Abmessungen des Begriffes gibt Hidien.¹⁴⁷

Versucht man zu den von diesem gemachten umfassenden Ausführungen eine Art Zusammenfassung, dann bedeutet "Zweck" den vom Subjekt verfolgten Sinn oder Nutzen oder das Ziel, versehen mit dem Attribut "öffentlich" als dem dazutretend nötigen Ausrichtungsbezug, was soviel bedeutet wie allgemeinheitbezogen oder gemeinnützig.

¹⁴⁶ So kommen Rauball/Pappermann/Roters, GO NW, § 89, Rdnr. 8, über die Feststellung, daß es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, nicht hinaus. Die weitgehend auf Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, § 31, I, c, 3, gestützte Aussage, daß ein Beurteilungsspielraum nicht bestehe, vermag den Problemkreis nicht zu erschließen; auch Kottenberg/Rehn, GO NW, § 88, Erl. IV, ersetzen den Begriff "öffentlicher Zweck" lediglich durch "öffentliches Interesse" und nach Hofmann/Muth/Theisen, Kommunalrecht NW, S. 484, liegt ein öffentlicher Zweck nur dann vor, wenn er sich aus der Verwaltungsaufgabe der Körperschaft ergibt.

¹⁴⁷ Hidien, Gemeindliche Betätigungen, S. 78 ff.

Für den Bereich der wirtschaftlichen Betätigung könnte man mit Schmidt-Jortzig¹⁴⁸ das Kriterium "öffentlicher Zweck" als erfüllt ansehen, "wenn das betreffende Projekt (Unternehmen) nach rechtsbewusster Auffassung der die Menschen in ihrem Bereich repräsentierenden Kommunalvertretung dem Gemeinwohl der Einwohnerschaft dient".

Hier zeigen sich erneut die bereits oben¹⁴⁹ angedeuteten Parallelen zum Begriff "öffentliches Bedürfnis" im Sinne von § 19 S. 1 GO NW.

Die einschlägige Kommentar-Literatur¹⁵⁰ erkennt ein öffentliches Bedürfnis dann an, wenn vernünftige Gründe des Gemeinwohls vorliegen.

Macht man sich diese durchaus handhabbare Definition zu eigen, so bestätigt sich zwar das oben¹⁵¹ beschriebene Subsumtionsprivileg der Kommune, es wird jedoch überprüfbar im Hinblick auf den Gemeinwohlvorbehalt.

¹⁴⁸Schmidt-Jortzig, HKWP 5, S. 53 (58)

¹⁴⁹vgl. die Ausführungen oben, S. 67 ff.

¹⁵⁰Kottenberg/Rehn, GO NW, § 19, Erl. IV, 1
Rauball/Pappermann/Roters, GO NW, § 19, Rdnr. 4
v. Loebell, Gemeindeordnung NW, § 19, Erl. 8

¹⁵¹vgl. die Ausführungen oben, S. 66 ff.

Was dem Gedanken des Gemeinwohls widerspricht, ist die ausschließliche Gewinnerzielungsabsicht.¹⁵² Insofern wird der Begriff durch Rechtsprechung und Literatur negativ definiert, zumindest von Gegenbegriffen ausgehend eingegrenzt. Beispielhaft sei an dieser Stelle eine jüngere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts genannt.¹⁵³ Danach muß das Unternehmen unmittelbar durch Leistung, nicht nur mittelbar durch seine Gewinne und Erträge dem Wohl der Gemeindebürger dienen. Rein "erwerbswirtschaftlich-fiskalische Unternehmen"¹⁵⁴ sind den Gemeinden und Gemeindeverbänden untersagt.

Auf den ersten Anschein vermeint man sich zurückverwiesen zu dem Problemkreis der inhaltlichen Bestimmung des wirtschaftlichen Unternehmens. Bei näherer Betrachtung fügt sich jedoch der Ausschlussgrund "rein erwerbs-

¹⁵² BVerwGE 39, 329 (334)

Schmidt-Jortzig, HKWP 5, S. 53 (58)

Kottenberg/Rehn, GO NW, § 88, Erl. IV

Gerke, JURA 1985, 349 (352)

Habermehl, VR 1987, 105 (107)

¹⁵³ BVerfGE 61, 82 (107) unter Hinweis auf Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 477 und

BVerwGE 39, 329 (333 f.)

¹⁵⁴ vgl. die Ausführungen oben, S. 27 ff., insbesondere S. 33 ff.

wirtschaftlich-fiskalisches Unternehmen" in die obigen Ausführungen problemlos ein.

Ist Voraussetzung für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Unternehmens die Wertschöpfungsabsicht, nicht aber zwingend die Gewinnerzielungsabsicht, so liegt bei einem rein erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Unternehmen zwar rein begrifflich ein wirtschaftliches Unternehmen vor, ein solches Unternehmen ist jedoch unzulässig, da ihm nicht die öffentliche Zweckbestimmung im Sinne von § 88 Abs. 1, Ziffer 1 GO NW innewohnt.

Schwierig ist es allerdings, und darauf weist Schefold¹⁵⁵ zu Recht hin, den Nachweis zu führen, wann eine Kommune "reine Erwerbswirtschaft" betreibt.

Kann die Gemeinde oder der Gemeindeverband nicht letztlich immer Gemeinwohlgründe vorschieben, wenn in Wirklichkeit wirtschaftliche Betätigung mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird?

¹⁵⁵ Schefold, VOP 1985, 28 (32)

Die von Schefold¹⁵⁶ angeführten Beispiele, insbesondere oder gerade im Bereich der Wirtschaftsförderung, vermögen das zu unterstreichen.

Gründung eines Wirtschaftsunternehmens oder Beteiligung an einem solchen mit Gewinnerzielungsabsicht oder in Erwartung eines erhöhten Steueraufkommens rechtfertigen sich möglicherweise mit Gemeinwohlargumenten wie Schaffung neuer Arbeitsplätze im Wege der Strukturverbesserung durch unmittelbare Wirtschaftsförderung.

Eine solche "Umgehungsmöglichkeit" ist mit dem Zulassungskriterium "öffentlicher Zweck" allein nicht zu verhindern. Hilfreich sind da die Gedanken von Surén und Reiners.¹⁵⁷ Deren These, wonach der öffentliche Zweck durch das Unternehmen unmittelbar erfüllt werden müsse, ist ein wirksames Kriterium, den möglicherweise vorliegenden Umgehungstatbestand zu erkennen und rechtzeitig dagegen vorzugehen.

¹⁵⁶ Schefold, a.a.O., S. 32 f., dort insbesondere die Literaturnachweise auf S. 31 in FN 30

¹⁵⁷ Surén, Die Gemeindeordnungen, Bd. II, S. 154
Reiners, Kommunales Verfassungsrecht NW, S. 248

c) Das hinzutretende Element der Dringlichkeit

Einzig nach nordrhein-westfälischem Gemeinderecht ist bestimmt, daß die wirtschaftliche Betätigung einen dringenden öffentlichen Zweck erfordert.¹⁵⁸ Soll es sich nicht lediglich um eine Formulierungsvariante zum Text der Deutschen Gemeindeordnung handeln, den ja erkennbar alle anderen Bundesländer übernommen haben, so ist die Annahme einer Verschärfung der Zulassungskriterien unerlässlich.

Nach Gerke¹⁵⁹ kann dies nur so verstanden werden, "daß die für ein Tätigwerden der Gemeinde sprechenden Gesichtspunkte besondere Bedeutung haben müssen".

Dringend ist nach Schmidt-Jortzig¹⁶⁰ der öffentliche Zweck dann, "wenn sein Aufgreifen sich nach gemeiner Anschauung als unerlässlich für eine gedeihliche Existenz der Bürger in ihrer Gemeinde erweist".

¹⁵⁸ Vergleichbar enthielt die Ursprungsfassung der GO NW vom 18.10.1952 (GV NW, S. 167) in § 19 S. 1 für den Anschluß- und Benutzungszwang als Voraussetzung das Vorliegen eines "dringenden öffentlichen Bedürfnisses".

¹⁵⁹ Gerke, JURA 1985, 349 (352)

¹⁶⁰ Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 688

Folgt man dieser Definition, so ist die Dringlichkeitsprüfung gleichbedeutend mit einer Bedürfnisprüfung, d.h. um einen dringenden öffentlichen Zweck nachweisen zu können, ist jeweils im konkreten zur Entscheidung anstehenden Einzelfall zu prüfen, ob bereits in der Kommune ein ausreichender Bedarf besteht oder zumindest absehbar kurzfristig zu erwarten ist.¹⁶¹

Ob allerdings eine derartige Bedürfnisprüfung bei allen anderen landesgesetzlichen Regelungen, die "lediglich" den öffentlichen Zweck fordern, entbehrlich ist, erscheint fragwürdig.

Wenig hilfreich ist da auch der Runderlaß des Innenministers NW vom 23.06.1953¹⁶², der sich auf den insoweit gleichlautenden § 69 GO NW alter Fassung bezieht.

Einerseits wird durch gesperrten Druck herausgestellt, daß die neue Gemeindeordnung strengere Anforderungen als die Deutsche Gemeindeordnung an die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden stellt, andererseits ist, abgesehen

¹⁶¹Reiners, Kommunales Verfassungsrecht NW, S. 247 f.

¹⁶²RdErl. des Innenministers NW vom 23.06.1953 (SMB1. NW 6411), abgedruckt bei Kottenberg/Rehn, GO NW, § 88, vor den Erläuterungen

von dem Verbot der ausschließlichen Gewinnerzielungsabsicht, eine Beurteilung und inhaltliche Ausgestaltung des Kriteriums der Dringlichkeit nicht vorgenommen worden. Der Verfasser ist der Überzeugung, daß, abgesehen von der gesetzgeberischen Intention, vermittels einer "Streng-Formulierung" etwaigen Ausuferungstendenzen im Bereich kommunalwirtschaftlicher Betätigung rein rechtspsychologisch entgegenzuwirken, das Merkmal der Dringlichkeit keine eigenständige Wirkung entfaltet, zumal - wie aufzuzeigen sein wird - die von Schmidt-Jortzig und Reiners¹⁶³ daran geknüpfte Bedürfnisprüfung sich in den weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen wiederfinden wird.¹⁶⁴

d) Die Erforderlichkeit anstelle einer bloßen Rechtfertigung

Ebenfalls ausgehend von der Formulierung des § 67 DGO ist in fast allen Gemeindeverfassungen der Bundesländer bestimmt¹⁶⁵, daß der öffentliche Zweck das Unternehmen "rechtfertigen" müsse. Ausschließlich in Bayern und Nord-

¹⁶³vgl. die Ausführungen oben, S. 76 f., FN 160 und 161

¹⁶⁴vgl. die Ausführungen unten, S. 86

¹⁶⁵vgl. § 102 Abs. 1, Ziffer 1 GemO BW, § 121 Abs. 1, Ziffer 1 HGO, § 108 Abs. 1, Ziffer 1 NGO, § 85 Abs. 1, Ziffer 1 GO Rh.Pf., § 106 Abs. 1, Ziffer 1 saarl. KSVG, § 101 Abs. 1, Bust. a GO Schl.H.

rhein-Westfalen bedarf es des Nachweises der Erforderlichkeit.¹⁶⁶

Daß der von der Kommune zu führende Nachweis leichter zu erbringen ist in Form einer Rechtfertigung als der Nachweis der Erforderlichkeit, darauf verweist Surén.¹⁶⁷

Wann aber erfordert ein dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen? Schmidt-Jortzig¹⁶⁸ macht auch hier den Versuch einer Begriffsdefinition. Erforderlich ist das wirtschaftliche Unternehmen dann, "wenn seine Unterlassung eine Vernachlässigung oder Schädigung des Gemeinwohls bedeuten würde".

Wie sich allerdings im konkreten Einzelfall eine Vernachlässigung oder Schädigung des Gemeinwohls durch Unterlassung wirtschaftlicher Betätigung darstellen soll, hat, soweit ersichtlich, niemand aufzuzeigen vermocht und wird auch in der Praxis schwer nachzuweisen sein.

¹⁶⁶vgl. Art. 89 Abs. 1, Ziffer 1 Bay GO, § 88 Abs. 1, Ziffer 1 GO NW

¹⁶⁷Surén, Die Gemeindeordnungen, Bd. II, S. 154

¹⁶⁸Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 688

Es bereitet sicherlich Schwierigkeiten, von der jeweiligen Kommune den Nachweis zu verlangen, daß eine Unterlassung der in der Prüfung stehenden konkreten wirtschaftlichen Betätigung zu Gemeinwohlschäden geführt haben würde.

So ist durch eine derartige Erforderlichkeitsprüfung allenfalls de jure das Betätigungsfeld kommunalwirtschaftlicher Art eingegrenzt.

Ob die kommunale Praxis dadurch überprüfbar wird, muß bezweifelt werden.

2) § 88 Abs. 1, Ziffer 1, 2. Halbsatz GO NW - Subsidiaritätsklausel oder Funktionssperre?

Weiterhin darf der Unternehmenszweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden können.

Ob es sich bei dieser Zulassungsvoraussetzung um die Ausprägung eines Subsidiaritätsgebotes¹⁶⁹ handelt oder um eine Funktionssperre¹⁷⁰, wird in der Literatur unterschiedlich bewertet.

Subsidiaritätsklausel wäre die Forderung, nachweisen zu müssen, daß eine bessere, weil wirtschaftlichere Aufgabenerfüllung durch Dritte nicht gegeben oder absehbar zu erwarten ist, dann, wenn damit ausschließlich der Schutz der privatwirtschaftlichen Betätigung bezweckt würde.¹⁷¹

Auf den ersten Anschein mag dies in der Tat so erscheinen. Indes ist der Privatwirtschaftsschutz allenfalls ein Nebeneffekt des Normzwecks, was schon die Entstehungsgeschichte des § 67 DGO beweist. Danach war § 67 DGO das Ergebnis "rein ökonomischer Zweckmäßigkeitserwägun-

¹⁶⁹siehe die Zusammenstellung bei Schmidt-Jortzig, HKWP 5, S. 53 (60, FN 42); insbesondere bezogen auf § 67 DGO, Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 56; in Bayern ist die Einschränkung noch weitergehend; es reicht, wenn der Unternehmenszweck "ebensogut" durch andere erfüllt werden kann (vgl. Art. 91 Abs. 1 BayGO)

¹⁷⁰Isensee, Subsidiaritätsprinzip, in einem Exkurs zu § 67 DGO, S. 74 ff., insbesondere S. 80, einschl. der dortigen FN 19;

¹⁷¹Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 692

gen"¹⁷². So sollte die Privatwirtschaft remobilisiert werden - um für staatliche Anforderungen verfügbar zu sein, umgekehrt sollte die öffentliche Verwaltung zu ihren eigentlichen administrativen Aufgabenbereichen zurückgeführt werden.

Ist die Klausel demzufolge - und zwar auch heute noch - primär ausgerichtet auf eine Einschränkung wirtschaftlicher Betätigung der Kommune, und zwar in deren ureigenstem Interesse mit dem Ziel der Konzentration auf hoheitliche sprich originäre Aufgabenerfüllung¹⁷³, dann ist die hier diskutierte Zulässigkeitsklausel des § 88 Abs. 1, Ziffer 1, 2. Halbsatz GO NW in der Tat eine Funktions-sperre.¹⁷⁴

Fraglich ist, wie im Zuge einer solchen Bewertung die Kriterien im einzelnen inhaltlich auszufüllen sind.

¹⁷²Schmidt-Jortzig, HKWP 5, S. 53 (60 f.) unter Hinweis auf Isensee, a.a.O., S. 76 ff., insbesondere S. 80 f., sowie die amtliche Begründung zu § 67 DGO, 1 c, abgedruckt bei Kerrl/Weidemann, DGO, § 67

¹⁷³Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 104 a, 1, b, aa, m.w.N.

¹⁷⁴so auch Erichsen in Grimm/Papier, NW Staats- und Verwaltungsrecht, S. 176

"Besser und wirtschaftlicher" heißt effizienter und ökonomischer, wobei aber eben nicht ausschließlich die private Wirtschaft in den Vergleich genommen wird.

In Betracht zu ziehen ist dann auch - und das sogar vorzugsweise - das gesamte Spektrum öffentlich-rechtlicher Organisationsformen. So hat grundsätzlich die Eigenwirtschaft durch Regiebetriebe und durch Eigenbetriebe Vorrang vor der Privatgestaltung.¹⁷⁵

Zu denken ist aber auch an öffentlich-rechtliche über die örtliche Gemeinschaft hinausgehende Organisationsstrukturen¹⁷⁶, und nicht zuletzt will Schmidt-Jortzig¹⁷⁷ die Kommune auch zur Betätigung in nicht wirtschaftlicher Form vorrangig verpflichtet wissen.

Auch bei diesen Merkmalen erbringt die Kommune die interpretative Vorausleistung.

Wer auch sähe sich ansonsten am ehesten in der Lage, die wirtschaftliche Situation der örtlichen Gemeinschaft in

¹⁷⁵Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdnr. 710

¹⁷⁶Zu denken ist etwa an die Organisationsformen nach dem Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit-GkG-.

¹⁷⁷Schmidt-Jortzig, HKWP 5, S. 53 (60)

ihren vielfältigen Verbindungen zu beurteilen, wenn nicht die Kommune selbst durch die für sie handelnden Organe.

Daß auch hier im Zuge dieser "Prognoseentscheidungen"¹⁷⁸, denen Wertungen zugrunde liegen, die ihre Maßstäbe weitgehend außerrechtlichen, insbesondere wirtschaftlichen Gegebenheiten entnehmen¹⁷⁹, den Kommunen ein beachtlicher Beurteilungsspielraum zugewiesen wird, ist vergleichbar dem gemeindlichen Subsumtionsprivileg in bezug auf den öffentlichen Zweck¹⁸⁰ nunmehr verständlich.

3) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des § 88 Abs. 1, Ziffer 2 GO NW

Muß das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen, so ist damit die Frage nach der Verhältnismäßigkeit aufgeworfen, wobei zwei unterschiedliche Kriterien ins Verhältnis gesetzt werden müssen, und zwar Art und Umfang des Unternehmens

¹⁷⁸Tettinger DVBl. 1982, 421 ff. ("administrative Prognoseentscheidungen")

Gerke, JURA 1985, 349 (352)

Habermehl, VR 1987, 105 (108)

¹⁷⁹Tettinger, Rechtsanwendung, S. 460 f.

¹⁸⁰vgl. die Ausführungen oben, S. 66 ff.

einmal zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde zum anderen zum voraussichtlichen Bedarf.

Mit dem Kriterium der Leistungsfähigkeit wird Bezug auf die gemeindliche Finanzkraft genommen. Stern/Püttner¹⁸¹ beschreiben den materiellen Gehalt dieses Zulässigkeitsmerkmals. Die Bestimmung soll - wenn sie keine Selbstverständlichkeiten beinhaltet - "als eine Verpflichtung der Gemeindeorgane und der Aufsichtsbehörde verstanden werden, überdimensionierte Projekte im eigenen Interesse der Gemeinde abzulehnen und übermäßige gesellschaftliche Wünsche an den kommunalen Haushalt abzuwehren. Auch kann es nicht Aufgabe der Gemeinde sein, um politischen Prestiges willen einen Bedarf erst hervorzulocken".

Und Stern¹⁸² formuliert: "Es handelt sich mehr um eine haushaltsrechtliche denn wirtschaftsrechtliche Regelung, um Rechtsschutz vor der Politik unbegrenzter Gemein-Begierlichkeit im Gewand der Daseinsvorsorge zu gewährleisten, womit gerade der Erhaltung echter Selbstverwaltung gedient wird."

¹⁸¹ Stern/Püttner, Die Gemeindewirtschaft, S. 181

¹⁸² Stern, AfK 1964, 81 (99)

Mit dem zweiten Merkmal, der Bedarfskontrolle, ergibt sich die Notwendigkeit des Anknüpfens an die Ausführungen zum Nachweis der Dringlichkeit bei der öffentlichen Zweckbestimmung.¹⁸³

Die erforderliche Bedarfs- oder Bedürfnisprüfung, die das Tatbestandsmerkmal "dringend" ausmachte¹⁸⁴, findet nunmehr durch Ziffer 2 des § 88 Abs. 1 GO NW erneut statt.

Der Verfasser vermag damit zu unterstreichen, was er in den obigen Ausführungen bereits im Ergebnis vorweg genommen hat¹⁸⁵, daß nämlich in der Tat das Merkmal der Dringlichkeit keinerlei eigenständigen Bedeutungsinhalt hat, sich vielmehr in dem Zulassungskriterium des § 88 Abs. 1, Ziffer 1, 2. Halbsatz GO NW wiederfindet und dort eine der gesetzgeberischen Intention gemäße Prüfung erfährt.

¹⁸³ "dringender öffentlicher Zweck", § 88 Abs. 1, Ziffer 1, 1. Halbsatz GO NW,

vgl. die Ausführungen oben, S. 76 ff.

¹⁸⁴ vgl. die Ausführungen oben, S. 77 f.

¹⁸⁵ vgl. die Ausführungen oben, S. 77 f.

4) Zwischenergebnis

Unzweifelhaft leistet die Kommune bei der Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffes "öffentlicher Zweck" die gedankliche Vorarbeit. Das ist gesetzlich auch so gewollt. Hierbei hat sie jedoch keine unbeschränkte Interpretationsfreiheit. Seine Grenzen findet das Bestimmungsrecht im Gemeinwohlgedanken, dem es zuwiderläuft, rein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Unternehmen zuzulassen.

Das kollidiert zwar mit der inhaltlichen Festlegung des Begriffs "wirtschaftliches Unternehmen", aber eben nicht mit der öffentlichen Zweckbestimmung im Sinne der Ziffer 1 des § 88 Abs. 1 GO NW.

Wenn weiterhin das Unternehmen den öffentlichen Zweck unmittelbar erfüllen muß, sind Umgehungsmöglichkeiten erheblich eingegrenzt. Eine Erforderlichkeitsprüfung und die als Funktionssperre wirkende Klausel der Konzentration auf die typischen öffentlichen Aufgabenbereiche tun ein weiteres, um ein Ausufern privatwirtschaftlicher Betätigung zu verhindern und damit der gesetzgeberischen Intention Rechnung zu tragen.

Eine Bedürfnis- oder Bedarfsprüfung findet nach Auffassung des Verfassers zweifach statt, einmal über das einzig in der GO NW formulierte Anforderungsmerkmal der Dringlichkeit, zum anderen über den in § 88 Abs. 1, Ziffer 2 GO NW niedergelegten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Ob deshalb das Merkmal der Dringlichkeit bei der öffentlichen Zweckbestimmung wirklich einen eigenständigen nachprüfbaren Inhalt hat, ist mehr als zweifelhaft.

5) Die Haftungsbegrenzung nach Gesellschaftsrecht

Ausgehend von den im Zweiten Teil dieser Arbeit gegebenen Erläuterungen zu den grundlegenden Begriffen der §§ 89 und 88 GO NW und der dort vollzogenen Auflistung der in Betracht zu ziehenden Gesellschaftsformen¹⁸⁶ besteht aufgrund des Postulates von § 89 Abs. 1, Ziffer 2 GO NW die Notwendigkeit der Rechtsformbeschränkung unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Haftungsbegrenzung.

¹⁸⁶vgl. die Ausführungen oben, S. 20 f.

a) Für die gemeindewirtschaftliche Betätigung
unzulässige Gesellschaftsformen

Es scheiden von den oben aufgeführten Gesellschaftsformen¹⁸⁷ nachfolgende für die wirtschaftliche Betätigung der Kommune aus:

- "Die offene Handelsgesellschaft" ,
da nach § 128 des Handelsgesetzbuches - HGB - die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich haften. Eine etwaige entgegenstehende Vereinbarung wäre Dritten gegenüber unwirksam.
- "Die Kommanditgesellschaft",
soweit die Kommune die Rolle des Komplementärs einnehmen wollte, stünde wegen der Verweisung des § 161 HGB auf die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft wiederum die unbeschränkte Haftungsnotwendigkeit des § 128 HGB entgegen;
in der Funktion des Kommanditisten wäre wirtschaftliche Betätigung der Kommune nicht gegeben,
da der beschränkt haftende Gesellschafter von der

¹⁸⁷ vgl. die Ausführungen oben, S. 20 f.

Führung der Geschäfte der Gesellschaft sowie der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen ist.¹⁸⁸

- "Die Kommanditgesellschaft auf Aktien",
in der Eigenschaft des Komplementärs; ebenso wie bei der Kommanditgesellschaft ist nach dem HGB die Möglichkeit, als Komplementär aufzutreten, ausgeschlossen.¹⁸⁹

b) Zulässige Organisationsformen nach Gemeinde-
wie Gesellschaftsrecht

Unter Beachtung der gesetzlichen Vorgabe, daß für die Gesellschaft eine Rechtsform gewählt werden muß, welche die Haftung auf einen bestimmten Betrag begrenzt, bestehen dagegen keine Bedenken in bezug auf die

- Aktiengesellschaft (AG),
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH),

¹⁸⁸ vgl. §§ 164 und 170 HGB

¹⁸⁹ vgl. § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 128 HGB

da bei beiden Gesellschaftsformen die Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft auf das Gesellschaftsvermögen begrenzt ist.¹⁹⁰

c) Problemfälle

Nicht aus dem Gesetz problemlos ableiten lassen sich kommunale wirtschaftliche Betätigung in der Rechtsform der

- Kommanditgesellschaft auf Aktien,
in der Eigenschaft des Kommanditaktionärs,
- stillen Gesellschaft,
- Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

aa) Kommanditaktionär und stiller Gesellschafter

Was diese beiden Formen gesellschaftsrechtlicher Teilhabe angeht, so stellt sich die Frage, ob in der Rolle des Kommanditaktionärs bzw. der des stillen Gesellschafters überhaupt eine wirtschaftliche Betätigung im Sinne des § 89 GO NW erblickt werden kann.

¹⁹⁰ vgl. § 1 Abs. 1 AktG für die Aktiengesellschaft und § 13 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung-GmbHG- für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung;

Zweifel entstehen insoweit, als es sich bei beiden Beteiligungsformen um passive Teilhaberechte handeln könnte. Unzweifelhaft kann es aber nicht gewollt sein, daß über Gesellschaftsteilhabe öffentliches, also gemeindliches Vermögen möglichst gewinnbringend angelegt wird.

Dies wäre nach Auffassung des Verfassers mit der gesetzgeberischen Leitlinie zur Kommunalwirtschaft sicher nicht in Einklang zu bringen, widerspräche im übrigen auch den zuvor erörterten Zulassungsmerkmalen.

Anders jedoch als bei der Kommanditgesellschaft ist in Wahrnehmung der Eigenschaft eines Kommanditaktionärs die Gemeinde oder der Gemeindeverband durchaus in der Lage, sich wirtschaftlich im Sinne der §§ 88 ff. GO NW zu betätigen. Für die Kommanditgesellschaft auf Aktien besteht, da die §§ 164, 170 HGB abdingbar sind, die Möglichkeit, die Geschäftsführungsbefugnisse durch Gesellschaftsvertrag (Satzung) einzuschränken oder auf andere Gesellschaftsorgane zu übertragen.¹⁹¹

¹⁹¹Gessler, Aktiengesetz, § 278, Anm. 2

Im Wege der Vertragsgestaltung wäre die Kommune daher durchaus in der Lage, auf die Geschäftspolitik des Unternehmens Einfluß auszuüben.

Die erforderliche Haftungsbegrenzung nach § 89 Abs. 1, Ziffer 2 GO NW erfolgt über § 278 Abs. 1 Aktiengesetz - AktG, wonach der Kommanditaktionär nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.

Demzufolge ist die Rolle des Kommanditaktionärs sowohl eine zulässige¹⁹² wie nach Auffassung des Verfassers auch eine taugliche Form der wirtschaftlichen Betätigung der Kommune in gesellschaftsrechtlicher Form.

Probleme, was die Haftungsbegrenzung angeht, bestehen auch in Hinblick auf den stillen Gesellschafter nicht. Was die Haftung aus der Geschäftsführung angeht, so trifft diese ausschließlich den Inhaber¹⁹³, die Beteili-

¹⁹² so auch Fishedick, Die Wahl der Benutzungsform, S. 9, FN 39, ohne allerdings dafür eine Begründung zu liefern;

¹⁹³ vgl. § 335 Abs. 2 HGB
dazu: Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 335, Anm. 7, A

gung am Geschäftsverlust kann beschränkt oder gänzlich ausgeschlossen werden.¹⁹⁴

Im Gegensatz zur Stellung des Kommanditaktionärs ist jedoch der "Stille" in der Tat von jeglicher wirtschaftlicher Betätigung ausgeschlossen, unternehmenspolitische Entscheidungen werden - und das liegt schon im Wort - nicht durch die Hingabe einer Einlage begründet, so daß die stille Gesellschaft jedenfalls nicht dem Gedanken von der wirtschaftlichen Betätigung im Sinne der §§ 88 ff. GO NW gerecht wird und daher als mögliche Organisationsform ausscheidet.

bb) Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts

Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bestimmt sich die Haftung der Gesellschafter gegenüber Dritten nach der widerlegbaren gesamtschuldnerischen Haftungsvermutung des § 427 Bürgerliches Gesetzbuch - BGB -, so daß in bezug auf § 89 GO NW, was die Haftungsbeschränkung angeht, diese Gesellschaftsform für den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens ausscheidet.¹⁹⁵

¹⁹⁴ vgl. § 335 Abs. 2 HGB

dazu: Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 336, Anm. 2, B

¹⁹⁵ Fischeidick, Die Wahl der Benutzungsform, S. 9

Wenn die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts auch eine - um nicht zu sagen - die taugliche Organisationsstruktur für wirtschaftliche Betätigung wäre, so spricht gerade die haftungsrechtliche Doppelverpflichtung¹⁹⁶ gegen ihre Zulässigkeit.

Einen Ausweg aus dieser nach Meinung des Verfassers rechtlich eindeutigen Situation vermeint Püttner¹⁹⁷ zu sehen, da die Möglichkeit bestünde, die Haftung durch Abrede mit den Gläubigern bzw. durch Beschränkung der Vertretungsmacht im Gesellschaftsvertrag zu begrenzen, wodurch den Anforderungen des Gemeinderechts genüge getan wäre.

Der von Püttner in Bezug genommenen Verfechter dieser nicht unbestrittenen Möglichkeit der Haftungsbeschränkung¹⁹⁸ gehen jedoch davon aus, daß eine Einschränkung für Dritte erkennbar sein muß.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Hueck, Gesellschaftsrecht, § 9, IV, 1

¹⁹⁷ Püttner, JA 1980, 218 (220)

¹⁹⁸ Erman/Schulze-Wenk, BGB, § 714, Rdnr. 4

¹⁹⁹ Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 714, Anm. 3, b

Hier liegt von Beginn an die Schwierigkeit begründet. Die Beweisführung gegen eine gesetzlich vorgegebene Haftungsvermutung läge jedenfalls bei der Kommune. So gesehen erscheint es richtig, will man der Forderung des § 89 Abs. 1, Ziffer 2 GO NW Genüge tun, der Rechtsform einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung die Anwendbarkeit zu versagen.

d) Resümee

Faßt man in abschließendem Überblick die zuvor gefundenen Ergebnisse zusammen, so ergibt sich nachfolgendes Bild.

Untaugliche bzw. unzulässige Gesellschaftsformen für wirtschaftliche Betätigung:

- die offene Handelsgesellschaft (oHG)
- die Kommanditgesellschaft (KG)
- die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA),
in der Eigenschaft des Komplementärs
- die stille Gesellschaft
- die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Zulässige Gesellschaftsformen für wirtschaftliche Betätigung:

- die Aktiengesellschaft (AG)
- die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)
- die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA),
in der Eigenschaft des Kommanditaktionärs.

6) Die Prüfung der Wirtschaftlichkeit

Letztendlich ist sicherzustellen, daß der Jahresabschluß, soweit nicht andere Rechtsvorschriften entgegenstehen, entsprechend den aktienrechtlichen oder den für Eigenbetriebe geltenden Vorschriften aufgestellt und geprüft wird. Bezogen auf die drei zugelassenen Gesellschaftsformen²⁰⁰ ergeben sich daraus die nachfolgenden Notwendigkeiten.

²⁰⁰ vgl. die Zusammenfassung oben, S. 96 f.

a) Aktiengesellschaft

Die Einzelheiten zur Aufstellung und Prüfung des Jahresabschlusses bei der Aktiengesellschaft ergeben sich aus den Bestimmungen der §§ 148 ff. AktG.²⁰¹

b) Kommanditgesellschaft auf Aktien

Für die Kommanditgesellschaft auf Aktien sind über § 278 Abs. 3 AktG die Vorschriften über die Aktiengesellschaft sinngemäß anzuwenden, so daß die §§ 148 ff. AktG, allerdings mit den Besonderheiten des § 286 AktG, Anwendung finden.

c) Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Nach dem Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung²⁰² ergibt sich für die GmbH eine Buchführungs-, Bilanzierungspflicht und mit Inkrafttreten des Bilanzrichtlinien-Gesetzes - BiRiLiG -²⁰³ am 1.1.1986

²⁰¹ § 148 bis § 178 AktG

²⁰² vgl. §§ 41, 42 GmbHG

²⁰³ Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebenten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts - Bilanzrichtlinien-Gesetz

erstmals für die Rechnungslegung nach dem 31.12.1986 beginnender Geschäftsjahre unter bestimmten Voraussetzungen die der Aktiengesellschaft entsprechende Prüfungspflicht für den Jahresabschluß.²⁰⁴

Voraussetzung für die Prüfungsverpflichtung ist nach § 316 Abs. 1 HGB, daß es sich nicht um eine kleine Kapitalgesellschaft im Sinne des § 267 Abs. 1 HGB handelt.

Kleine Kapitalgesellschaften sind solche, die mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale nicht überschreiten:

1. Drei Millionen neunhunderttausend Deutsche Mark Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrages (§ 268 Abs. 3 HGB).
2. Acht Millionen Deutsche Mark Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlußstichtag.
3. Im Jahresdurchschnitt fünfzig Arbeitnehmer.

²⁰⁴vgl. § 42 a GmbHG

Für die mittelgroße²⁰⁵ und große²⁰⁶ Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist damit die Rechtslage identisch mit der der Aktiengesellschaft²⁰⁷ und regeln sich die Einzelheiten der Prüfungspflicht nach § 42 a GmbHG.

Soweit die kommunale Gesellschaft nicht die in § 267 Abs. 1 HGB genannten Merkmale erfüllt - und das dürfte wegen der im Gesetz genannten Größenordnungen eine nicht unerhebliche Anzahl sein -, bedarf es wegen § 89 Abs. 1, Ziffer 3 GO NW der entsprechenden Anwendung der Bestimmungen des Aktiengesetzes²⁰⁸ oder der Prüfungsbestimmungen nach dem Eigenbetriebsrecht²⁰⁹. Hierbei steht der Kommune eine Wahl, ja sogar eine Kombinationsmöglichkeit zu, etwa dergestalt, daß die Aufstellung des Jahresabschlusses entsprechend den aktienrechtlichen, die Prüfung jedoch ent-

²⁰⁵vgl. § 267 Abs. 2 HGB

²⁰⁶vgl. § 267 Abs. 3 HGB

²⁰⁷vgl. die Ausführungen oben, S. 98

²⁰⁸vgl. § 162 Abs. 1 AktG; hier stellt sich allerdings die Frage, ob nicht mit der Änderung der Vorschriften des GmbH-Rechts - insbesondere des § 42 a GmbHG - die Bestimmung des § 89 Abs. 1, Ziffer 3 GO NW gleichberechtigt für die GmbH auch die Bestimmungen des GmbHG beinhalten müßte.

²⁰⁹vgl. § 22 Abs. 2 der Eigenbetriebsverordnung-EigBetrVO NW-

sprechend den für den Eigenbetrieb geltenden Vorschriften erfolgt.²¹⁰

III. Zulassungsvoraussetzungen für die Gesellschaft,
die auf den Betrieb eines nicht wirtschaftlichen
Unternehmens gerichtet ist

Ausgehend von § 89 Abs. 2 GO NW erscheinen die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Gesellschaft, die auf den Betrieb eines nicht wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist, wesentlich gemildert.

So bedarf es nicht des Nachweises eines dringenden öffentlichen Zwecks, der das Unternehmen erfordert, sowie des Nachweises, daß dieser Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann und daß das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht.

²¹⁰ so einschl. der dahinterstehenden Begründung niedergelegt in Ziffer 3 der Verwaltungsverordnung-VVO- zur GO NW und dort zu § 89 GO NW;

So jedenfalls bestimmt es § 89 Abs. 2 GO NW, wenn er in bezug auf die nicht wirtschaftlich ausgerichtete Gesellschaft festlegt, daß § 89 Abs. 1, Ziffer 1 - und damit auch § 88 Abs. 1 GO NW - keine Anwendung finden.

Weiterhin entfällt nach § 89 Abs. 2 GO NW auch die in § 89 Abs. 1, Ziffer 2 GO NW festgelegte Haftungsbegrenzung nach Gesellschaftsrecht.

Stattdessen ist für die nicht wirtschaftliche Gesellschaftsgründung sowie für die Beteiligung an einer solchen Gesellschaft der Nachweis eines "wichtigen Interesses" zu erbringen.

1) Das wichtige Interesse im Sinne von § 89 Abs. 2 GO NW

Ebenso wie der öffentliche Zweck als unbestimmter Rechtsbegriff nur schwer ausfüllungsfähig war²¹¹, so treten auch mit dem Kriterium des "wichtigen Interesses", das dem staatlichen Haushaltsrecht entlehnt ist²¹², erneut erhebliche Definitionsschwierigkeiten auf.

²¹¹vgl. die Ausführungen oben, S. 65 ff. (70 ff.)

²¹²vgl. § 65 Abs. 1, Ziffer 1 Landeshaushaltsordnung
-LHO-;
siehe auch Ehlers, DÖV 1986, 897 (899)

Scholz²¹³ beschreibt sehr anschaulich die Schwierigkeiten, vor denen wiederum die Kommune steht, wenn sie eben jenes Interesse darzutun verpflichtet ist.

Da wirtschaftliche wie nicht wirtschaftliche Betätigung nach geltendem nordrhein-westfälischen Landesrecht²¹⁴ nur gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde anzeigepflichtig sind, entschärft sich allerdings die von Scholz²¹⁵ dargelegte Problematik der quasi aufsichtsbehördlich aufgezwungenen Interpretation.

Wenig hilfreich ist die von Ehlers²¹⁶ gelieferte Begründung, wonach ein wichtiges Interesse gegeben ist, "wenn bedeutsame Kommunalaufgaben wahrgenommen werden". Aufgrund dieser Definition eine brauchbare Subsumtion vorzunehmen, die einer rechtlichen Nachprüfung standhält, erscheint dem Verfasser unmöglich.

²¹³ Scholz, DÖV 1976, 441 (445 f.)

²¹⁴ vgl. § 96 Abs. 1, st. b GO NW

²¹⁵ Scholz, a.a.O., S. 445 f.

²¹⁶ Ehlers, DÖV 1986, 897 (899)

Nach Wenzel²¹⁷ dürfte ein wichtiges Interesse zu bejahen sein, "wenn dargetan werden kann, daß die Gründung der Gesellschaft bzw. die Beteiligung die gemeindliche Aufgabenerfüllung nachhaltig erleichtert oder verbessert"²¹⁸.

Wenn dafür auch "wirtschaftliche Gründe (z.B. steuerliche)"²¹⁹ maßgebend sein können, so erscheint auf den ersten Blick verwirrend zu sein, daß für die Gründung eines nicht wirtschaftlichen Unternehmens wirtschaftliche Gründe den Ausschlag geben können. Gemeint sind damit jedoch die wirtschaftlichen Folgen²²⁰, also aufgrund geänderter Organisationsstruktur sich ergebende Verbesserungen, die unter anderem auch finanzieller Art sein können.

"Allein die Freizeichnung von sonst zu beachtenden öffentlich-rechtlichen Bindungen - z.B. der Anwendung der allgemeinen Haushaltsvorschriften oder der für die Gemeinde geltenden Vergabegrundsätze -" stellt jedenfalls

²¹⁷Wenzel, GemH 1979, 217 (218)

²¹⁸so auch: OVG Münster, DÖV 1986, 339 (341) und v. Loebell, Gemeindeordnung NW, § 89, Erl. 3

²¹⁹Wenzel, a.a.O., S. 218

²²⁰Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 41 unter Hinweis auf Vitzthum, AöR 104 (1979), 580 (615)

nach Wenzel²²¹ kein "wichtiges Interesse" im Sinne des § 89 Abs. 2 GO NW dar.

2) Keine gesellschaftsrechtliche Haftungsbegrenzung

Findet über § 89 Abs. 2 GO NW auch § 89 Abs. 1, Ziffer 2 GO NW keine Anwendung, so sind die für die wirtschaftliche Betätigung ausgeschlossenen Gesellschaftstypen durchaus zugelassen mit der Folge, daß das gesamte handels- und gesellschaftsrechtliche Spektrum²²² für die nicht wirtschaftlich tätige Unternehmung zur Verfügung steht.

Anknüpfend an die obigen Ausführungen scheiden daher nur diejenigen Gesellschaftsformen aus, die rein begrifflich ein "sich betätigen" - sei es wirtschaftlicher, sei es nicht wirtschaftlicher Art - nicht zulassen.

Das ist die Gemeinde in der Rolle eines Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft²²³ sowie die Kommune als stiller Gesellschafter²²⁴.

²²¹Wenzel, GemH 1979, 217 (218).

²²²vgl. die Ausführungen oben, S. 20 f.

²²³vgl. die Ausführungen oben, S. 89 f., einschl. FN 188

²²⁴vgl. die Ausführungen oben, S. 93 f.

3) Verzicht auf den Verhältnismäßigkeitsnachweis
 (§ 88 Abs. 1, Ziffer 2 GO NW)?

Durchaus fraglich und daher untersuchungswürdig erscheint es, ob der Gesetzgeber über § 89 Abs. 2 GO NW und die Verweisung auf § 89 Abs. 1 Ziffer 1 GO NW - und damit auf § 88 Abs. 1 GO NW - für die Gesellschaft, die nicht auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist, die Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht vorgeschrieben wissen wollte, ob also durch die Kommune in diesem Fall nicht der Nachweis geliefert werden muß, daß das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht.

Gesetzessystematisch - jedenfalls aus der Verweisungssystematik - scheint der Nachweis nicht erbracht werden zu müssen.²²⁵

Knüpft man jedoch nochmals an die zur Verhältnismäßigkeit in bezug auf das wirtschaftliche Unternehmen gemachten

²²⁵ § 89 Abs. 2, Satz 1 i.V.m. § 89 Abs. 1, Ziffer 1
 i.V.m. § 88 Abs., 1 Ziffer 2 GO NW

Ausführungen an²²⁶, so erscheint das normensystematisch vorgegebene Resultat kaum haltbar.

War die Ziffer 2 des § 88 Abs. 1 GO NW die Schutzbestimmung zur Verhinderung "überdimensionierter Projekte und unbegrenzter Gemeinbegehrlichkeit"²²⁷, so ist es doch nicht einsichtig, daß diese "Sperrklausel" im Bereich der gemeindlichen nicht wirtschaftlichen Betätigung keine Anwendung finden sollte, zumal gerade im nicht wirtschaftlichen Bereich, wo die Gemeinde sozialpolitische Aufgabenstellungen zu erfüllen verpflichtet ist, die kommunale Praxis zeigt, wie notwendig eine ordnungsgemäß gehandhabte Bedarfsprüfung ist. Als mahnende Beispiele denke man an Hallenbäder, für die keine Auslastung gegeben ist, an überdimensionierte Einrichtungen der Bildung und Erholung mit immensen Unterhaltungskosten, die jedes Jahr bei den Haushaltsberatungen endlosen kommunalpolitischen Streit nach sich ziehen.

²²⁶vgl. die Ausführungen oben, S. 84 ff.

²²⁷Stern/Püttner, Die Gemeindewirtschaft, S. 181
Stern, AfK 1964, 81 (99)

4) Die Prüfung der Wirtschaftlichkeit

Abgesehen von der Aktiengesellschaft, für die selbstredend die Bestimmungen der §§ 148 ff. Aktiengesetz²²⁸ zwingend Anwendung finden, sind im übrigen in bezug auf alle tauglichen und rechtlich zulässigen Gesellschaftsformen die Bestimmungen des Aktiengesetzes oder der Eigenbetriebsverordnung analog und wahlweise oder kombiniert anzuwenden. Insoweit sei auf die Ausführungen zum wirtschaftlichen Unternehmen rückverwiesen.²²⁹

5) Zusammenfassung

Die definitorische Umschreibung der beiden Begriffe "wichtiges Interesse" und "öffentlicher Zweck" mit "nachhaltige Erleichterung oder Verbesserung der gemeindlichen Aufgabenerfüllung"²³⁰ oder "dem Gemeinwohl der Einwohnerschaft zu dienen bestimmt"²³¹ lassen keinen graduellen Unterschied erkennen.

²²⁸ vgl. § 148 bis § 178 AktG

²²⁹ vgl. die Ausführungen oben, S. 97 ff.

²³⁰ Wenzel, GmbH 1979, 217 (218)

²³¹ Schmidt-Jortzig, HKWP 5, S. 53 (58),
vgl. die Ausführungen oben, S. 72 f.

Dieser Unterschied entsteht erst durch die darüber hinaus hinzutretenden Prüfungskriterien wie Dringlichkeit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, wodurch die Zulässigkeit des wirtschaftlichen Unternehmens verschärfend gestaltet wird.

Hierbei mag es auf sich beruhen, ob eine zweifache Bedarfsprüfung erfolgt, soweit es um die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung geht. Unverzichtbar erscheint es jedoch, jedenfalls die Bedarfsprüfung des § 88 Abs. 1, Ziffer 2 GO NW in die Zulässigkeitsprüfung für nicht wirtschaftliche Betätigung der Kommune in Form der privaten Gesellschaft einzubeziehen.

Sie in das Kriterium des wichtigen Interesses zusätzlich hineinzunutzen, wäre dabei die eine Möglichkeit, § 88 Abs. 1, Ziffer 2 GO NW gegen den ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes bei der Nachweisung nicht auszuschließen, wäre die andere.

IV. Die Anzeigeverpflichtung gegenüber der Aufsichtsbehörde

Nach § 96 GO NW sind gemeindliche Entscheidungen zugunsten einer Vergesellschaftung, sei es in Form unmittelbarer oder mittelbarer Beteiligung, der Aufsichtsbehörde unverzüglich, spätestens jedoch 6 Wochen vor Beginn des Vollzuges, schriftlich anzuzeigen.

Aus der Anzeige muß zu ersehen sein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Ungeachtet der grundsätzlichen Bedeutung und Tragweite des gemeindlichen Entscheidungsprozesses postuliert der Kommunalverfassungsgeber lediglich eine Anzeigepflicht und nicht einen Genehmigungsvorbehalt für die Aufsichtsbehörde wie noch die Vorgängerbestimmung des § 75 DGO, was nach Stober²³² die Vermutung nahelegt, daß es dem Landesgesetzgeber²³³ nicht darum ging, "den Anreiz zur Schaffung rechtlich selbstständiger Gesellschaften und zur Abwanderung in die Form des Privatrechts zu verringern."

²³² Stober, NJW 1984, 449 (456)

²³³ Die Gemeindeordnungen aller Bundesländer haben die Genehmigungspflicht des § 75 DGO nicht übernommen.

Es verbleibt daher in Achtung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts bei der staatlichen Rechtsaufsicht aufgrund der §§ 106 ff. GO NW, allerdings mit der Besonderheit, daß aufgrund der Anzeigeverpflichtung, verbunden mit konkreter Fristbestimmung sowie dem Darlegungsgebot der gemeindlichen Willensbildung einschließlich der Subsumtion unter die gesetzlich statuierten Zulassungsvoraussetzungen, die Aufsichtsbehörde von Gesetzes wegen - und nicht aufgrund eines selbst in Gang zu setzenden Unterrichtsrechts, wie es üblicherweise im Bereich der Kommunalaufsicht festgelegt ist²³⁴ - in die Lage versetzt wird, eine frühzeitige und auf umfassender Information beruhende Nachprüfung vorzunehmen, um sodann, falls erforderlich, Aufsichtsmaßnahmen nach den §§ 108 ff. GO NW ergreifen zu können.

Eine andere Frage ist es, ob von diesem Recht in der kommunalen Praxis auch hinlänglich Gebrauch gemacht wird. Praktische Beispiele vermag der Verfasser nicht anzuführen.

²³⁴vgl. § 107 GO NW

V I E R T E R T E I L

Zu den Motiven wirtschaftlicher Betätigung in Rechtsformen des privaten Rechts

I. Allgemeines zum Gang der Untersuchung

Ausgehend von der einleitend aufgezeigten ausgeprägten Tendenz der Kommunen, ihre öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen in Gesellschaften des privaten Rechts zu überführen bzw. unmittelbar Privatrechtssubjekte ins Leben zu rufen, ohne allerdings die Aufgabenstellung insgesamt Privaten zur Erledigung zu überantworten²³⁵, soll es im folgenden darum gehen, die dafür ursächlichen umfangreichen Motive und Begründungen darzulegen. ..

Ausgewählte Beispiele von der Gemeinde- und Kreisebene will der Verfasser darüberhinaus einbringen, um so einen aktuellen Bezug zur kommunalen Praxis herzustellen.

²³⁵ "Organisationsprivatisierung", im Unterschied zur "Aufgabenprivatisierung", nach Vitzthum, AöR, 104 (1979), 580 (586 ff.); vgl. die Ausführungen oben, S. 14 und 15 Scholz/Pitschas, HKWP 5, S. 128 (130 f.)

Hierbei soll es nicht darum gehen, diejenigen Gesellschaftszwecke zur Untersuchungsgrundlage zu machen, die das "Phänomen der Zwanziger Jahre"²³⁶ darstellten - also diejenigen Aufgabenstellungen, die heute beinahe selbstverständlich organisationsprivatisiert sind²³⁷; vielmehr sind es die in jüngerer Zeit hinzutretenden oder die nunmehr bedeutsam erscheinenden Aufgabenstellungen, anhand derer der Verfasser nachfolgend die den Organisationsüberlegungen zugrundeliegenden Motive aufzeigen will.

Es mag sich dabei herausstellen, daß ein Teil der bereits seinerzeit gegebenen Begründungen noch heute einschlägig ist oder daß Gründe entfallen sind, andere hinzugetreten sind oder letztlich bei einigen sich ein Bedeutungswandel vollzogen hat.

²³⁶ Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 254

²³⁷ vgl. die Ausführungen oben, S. 2

II. Die den Gesellschaftsgründungen zugrundeliegenden formellen und materiellen Begründungen

Die Vielfalt der Motive, die zur formellen Privatisierung²³⁸ - mithin also zur Auslagerung aus der klassischen Administrativstruktur - führen, zu systematisieren, bereitet nicht unerhebliche Schwierigkeiten, will man es nicht bei den in der Literatur überwiegend aneinandergereihten Schlagworten belassen.²³⁹

Mit Stober²⁴⁰ lassen sich zwei grundsätzliche Motivationskomplexe herausstellen, anhand derer die Tendenz zur Begründung von Gesellschaften am ehesten systematisiert aufzeigbar ist.

Zum einen geht es um den materiellen Aspekt der Verwirklichung des Gedankens der Aufgabendezentralisierung, zum anderen um die mehr formelle Begründung der Überwindung öffentlich-rechtlichen Organisationsrechts.

²³⁸ vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 104 a, I, 3

²³⁹ beispielhaft für viele andere:

Scholz/Pitschas, HKWP 5, S. 128 (132)

Leisner, WiVerw 1983, 212, (215 f.)

Becker, ZöGU Bd. 1, Heft 4, 1978, S. 1 (10)

²⁴⁰ Stober, NJW 1984, 449 (452)

Die formellen wie die materiellen Begründungen, deren säuberlich getrennte Behandlung sicherlich im einen oder anderen Fall auf Schwierigkeiten stoßen wird, verfolgen das Ziel, Verwaltungshandeln ökonomisch²⁴¹, zumindest ökonomischer als in vormalig öffentlich-rechtlicher Organisationsform zu gestalten.

1) Schaffung außerhalb der Verwaltung stehender
selbständiger Organisationseinheiten -
Dezentralisierung

Bevor in die aufgabenspezifische Erforschung und Darstellung der Gründe für eine Aufgabendezentralisierung eingetreten werden kann, sind nach Auffassung des Verfassers vorab zwei Fragestellungen zu untersuchen.

Zum einen ist zu fragen, ob es Aufgabenstellungen gibt, aus denen sich beinahe zwingend die Notwendigkeit der Auslagerung ergibt; zum anderen ist zu untersuchen, ob privatisierungsgeneigte Aufgabenstellungen und Verwaltungsorganisation der Kommunen in einer irgendwie gearte-

²⁴¹vgl. Stober, a.a.O., S. 452

ten zwingenden Beziehung zueinander oder Abhängigkeit voneinander stehen.

Möglicherweise lassen sich aufgrund der gefundenen Antworten bestimmte Gesetzmäßigkeiten entwickeln, die für den weiteren Gang der Untersuchung bedeutsam sind.

a) Organisationsprivatisierung in Abhängigkeit von der spezifischen kommunalen Aufgabenstellung

Daß in der Tat zwischen kommunalen Aufgabenstellungen und dem Organisationstypus, aufgrund dessen sie erledigt werden, ein innerer Zusammenhang besteht, ist eine Erkenntnis, die literarisch belegt zurückreicht bis an den Anfang unseres Jahrhunderts.²⁴²

Schuppert²⁴³ hat das erschöpfend aufgezeigt. Ihm zufolge lassen sich die Staatsaufgaben zwei unterschiedlichen Zweckbestimmungen folgend aufteilen, dem "Rechts- und Machtzweck" auf der einen und dem "Kultur- und Wohlfahrtszweck" auf der anderen Seite.

²⁴² Nachweis bei Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 128, mit weiteren Nachweisen aus der jüngeren Rechtsgeschichte;

²⁴³ Schuppert, a.a.O., S. 128

Die Frage, wie man diese überkommenen Umschreibungen in herrschende staatliche bzw. kommunale Aufgabenverteilungspläne organisatorisch einpaßt, läßt sich mit Schuppert²⁴⁴ so beantworten, daß "dem Staat des Rechts- und Machtzwecks als Verwaltungstyp die hierarchische, zentralisierte unmittelbare Staatsverwaltung entspricht, dem Staat des Kultur- und Wohlfahrtszwecks dagegen ein durch Formen der mittelbaren Staatsverwaltung sowie der gesellschaftlichen Mitverwaltung hoch differenziertes Verwaltungssystem. Der organisatorische Spielraum ist demnach je nach Art der verfolgten Staatszwecke unterschiedlich groß."

Welchen materiellen Gehalt hierbei die Begriffe "Rechts- und Machtzweck" und "Kultur- und Wohlfahrtszweck" nach heutigem Verständnis von den staatlichen und kommunalen Aufgabeninhalten haben, läßt sich nachvollziehen.

Dem "Recht- und Machtzweck" entspricht der Aufgabenbereich der ordnenden Verwaltung, während "Kultur- und

²⁴⁴Schuppert, a.a.O., S. 128

Wohlfahrt" Umschreibungen für die leistende Verwaltung sind.²⁴⁵

Daraus folgt, daß es typischerweise die Aufgabenbereiche der Leistungsverwaltung sind, die der Organisationsprivatisierung zugänglich sind, während die Ordnungsverwaltung - was eigentlich schon begrifflich naheliegt - einer Privatisierung nahezu unzugänglich ist, was nicht zuletzt auch in Art. 33 Abs. 4 GG zum Ausdruck kommt.

Sieht man sich sodann das weitgefächerte Spektrum der Tätigkeitsfelder auf dem Gebiete der leistenden Verwaltung an, das von der Vorsorge- über die Sozial- bis zur Förderungsverwaltung reicht²⁴⁶ und hierbei vielfältige Bereiche des öffentlichen Lebens betrifft, so wird deutlich, daß man im Bereich der leistenden Verwaltung allenfalls von privatisierungsgeneigten Aufgabenstellungen sprechen kann, daß die Organisationsprivatisierung sich aber keinesfalls zwingend aus einer konkreten Aufgabenstellung ergibt.

²⁴⁵ Begriffsbestimmungen "ordnend" und "leistend" nach Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht III, § 137, II, c;

²⁴⁶ vgl. die umfassende kasuistische Aufzählung bei Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht III, § 137, III, b;

**b) Abhängigkeit von Verwaltungsorganisation
und privatisierungsgeneigten Aufgabenstellungen?**

Verwaltungsorganisation der Städte und Kreise ist in den vergangenen Jahren unter anderem aufgrund erheblicher gutachtlicher Anstrengungen der kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung - KGSt -²⁴⁷ systematisiert und vergleichbar gemacht worden.

Hierbei ließ man sich von dem Gedanken leiten, daß Gemeinden und Gemeindeverbände gleicher Größenklassen auch in etwa inhaltlich gleichgelagerte Aufgabenstellungen haben müssen.

Die danach entwickelten KGSt-Gutachten zur Verwaltungsorganisation der Gemeinden²⁴⁸ und Kreise²⁴⁹ gehen einheitlich von 8 Aufgabenstellungen aus:

1. Allgemeine Verwaltung
2. Finanzen

²⁴⁷ vgl. die Ausführungen oben, S. 4 f.

²⁴⁸ KGSt-Gutachten, Verwaltungsorganisation der Gemeinden, S. 28

²⁴⁹ KGSt-Gutachten, Verwaltungsorganisation der Kreise, S. 14

3. Recht, Sicherheit und Ordnung
4. Schule und Kultur
5. Soziales, Jugend und Gesundheit
6. Bauwesen
7. Öffentliche Einrichtungen
8. Wirtschaft und Verkehr.

Diese acht Aufgabenhauptgruppen bilden das Gerüst für den Aufgabengliederungsplan. Letzterer dient "der Auflistung aller Aufgaben, ihrer Systematisierung als Grundlage für die Zuordnung zu einzelnen Organisationseinheiten und der Förderung der Zusammenarbeit zwischen den einzelnen Organisationseinheiten bei komplexen Aufgaben"²⁵⁰.

Der Aufgabengliederungsplan, der ein am Maximalprinzip²⁵¹ orientiertes Modell darstellt, erfaßt alle für den Zuständigkeitsträger Gemeinde oder Kreis tatsächlich und rechtlich möglichen Aufgaben und bildet seinerseits wiederum die Grundlage für den Verwaltungsgliederungs-

²⁵⁰ KGSt-Gutachten, Verwaltungsorganisation der Gemeinden, S. 13

²⁵¹ KGSt-Gutachten, Verwaltungsorganisation der Gemeinden, S. 13

plan²⁵², dessen Ziel die Bildung der den Aufgabenvollzug tragenden Organisationseinheiten auf der Ebene des Amtes ist, je nach Größenklasse unter gleichzeitiger Zusammenfassung von Aufgabengruppen nach einheitlichen Kriterien in horizontaler und vertikaler Verbindung zueinander.

Knüpft man an das zuvor gefundene Ergebnis, wonach typischerweise die Aufgabenbereiche der leistenden Verwaltung der Organisationsprivatisierung zugänglich sind, an, so führt eine inhaltliche Prüfung der Verwaltungsgliederungspläne nach der KGSt-Vorgabe für Städte und Kreise²⁵³ zu dem Ergebnis, daß sich Aufgabenstellungen, die zum Bereich der leistenden Verwaltung zu rechnen sind und die tendenziell zur Organisationsprivatisierung neigen, in allen dem Inhalt der Aufgabenhauptgruppen entsprechenden Dezernaten finden, sieht man von dem Bereich 3., der Rechts-, Sicherheits- und Ordnungsverwaltung ab, also dem Dezernatsbereich, in dem in der Tat beinahe ausschließlich ordnende Verwaltungsfunktionen angesiedelt sind.

²⁵² KGSt-Gutachten, Verwaltungsorganisation der Gemeinden, S. 223 ff.

KGSt-Gutachten, Verwaltungsorganisation der Kreise, S. 125 ff.

²⁵³ vgl. für die Gemeinden, Anlage 1, S. 264

vgl. für die Kreise, Anlage 2, S. 265

Läßt sich somit weder die zwingende Notwendigkeit der Privatisierung aus der kommunalen Aufgabenstellung selbst, noch aus der Einordnung der Aufgabenstellung in den Verwaltungsgliederungsplan als Motiv für die Überführung in eine private Organisationsform herleiten, bedarf es nachfolgend im einzelnen der Darstellung der Motive unter Einbeziehung beispielhafter Erläuterungen.

c) Dezentralisierung infolge zunehmender kommunal-
politischer Bedeutung

Im Gegensatz zu noch erörterungsbedürftigen Negativ-Begründungen ist die Positiv-Motivation der wachsenden kommunalpolitischen Bedeutung von einem "Herausentwicklungsprozeß"²⁵⁴ aus der überkommenen Verwaltungsgliederung gekennzeichnet.

Die Entwicklung bis hin zur organisatorischen Autonomie der zwischenzeitlich "etablierten öffentlichen Unternehmen", also der für Versorgung und Verkehr, beschreibt Püttner²⁵⁵ als das Ergebnis einer längeren geschichtli-

²⁵⁴Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 132, "Herauswachsen des Staates aus dem Bereich öffentlicher Organisation";

²⁵⁵Püttner, DÖV 1983, 697 (702)

chen Entwicklung, wobei viele Unternehmen, vor allem die kommunalen Unternehmen, als "unselbständige Abteilungen in der Verwaltung entstanden sind und erst im Laufe dieses Jahrhunderts verselbständigt wurden".

In einer umfassenden Untersuchung, bezogen auf die staatliche Ebene, bezeichnet Schuppert²⁵⁶ diesen zunehmenden Bedeutungsgehalt der staatlichen Aufgaben als eine "qualitative Dimension der dem nachliberalen Wohlfahrtsstaat gestellten Aufgaben"²⁵⁷. Besonders plastisch lasse sich das an dem Verhältnis von Staat und Wirtschaft demonstrieren.

Diese Art der schrittweisen Verselbständigung in Form einer sukzessiven Herauslösung aus der Verwaltungsstruktur ist auch bei neueren Aufgabenstellungen der Kommune in ähnlicher Form zu beobachten.

Beispielhaft für bedeutungsabhängige Verselbständigung ist der Bereich der gemeindlichen oder der gemeindeübergreifenden Wirtschaftsförderung zu nennen, dessen Entwicklungsprozeß in organisatorischer Hinsicht letztend-

²⁵⁶Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 251 ff.
²⁵⁷Schuppert, a.a.O., S. 251

lich die Wirtschaftsförderungsgesellschaft mit beschränkter Haftung präsentiert.

Durch gezielte Organisations-, Planungs- und Lenkungsmaßnahmen die in der eigenen Region ansässigen privatwirtschaftlichen Unternehmen günstig zu stellen, indem bessere Standortbedingungen geschaffen werden und indem durch Förderung von Neuansiedlungen die kommunale Wirtschaftsstruktur verbessert wird, haben Gemeinden und Gemeindeverbände seit jeher kommunale Wirtschaftsförderung betrieben.²⁵⁸

Die hierbei gebräuchlichsten Arten der Förderung von ansiedlungswilligen Unternehmen bestand in der Bereitstellung von subventioniertem Bauland, der Stundung von Gebühren und Beiträgen sowie der gesonderten Vereinbarung über Steuern und Abgaben. Soweit und solange die Förderungsmaßnahmen geeignet waren, die Prosperität der ansässigen Unternehmen zu erhalten, die wirtschaftliche Infrastruktur als gesund - weil nicht öffentlich diskutiert - galt, solange wurden derartige Förderungsmaßnahmen in den jeweiligen Verwaltungsstrukturen erledigt, in denen sie typischerweise je nach Thematik aufgrund der konkreten

²⁵⁸Müller, HKWP 4, S. 625

Verwaltungsgliederungspläne mit Aufgabenzuordnung wahrzunehmen waren.

So gehörte die Bereitstellung von Baugelände in die Zuständigkeit der Aufgabengruppe Finanzen und dort in das Liegenschaftsamt²⁵⁹, Entscheidungen zur Gestaltung von Gebühren, Abgaben und Steuern waren dem Steueramt²⁶⁰ zugewiesen.

Mit den sich verschlechternden wirtschaftlichen Bedingungen für die ansässigen Unternehmen sowie infolge nachlassender Ansiedlungswilligkeit neuer Wirtschaftsbetriebe wuchs bei den Kommunen die Bereitschaft, über neue und gänzlich andere Förderungsmaßnahmen nachzudenken.

Wesentliche - weil die Sachüberlegungen flankierende - Forderungen waren hierbei, neue und vor allem politisch augenfällige Organisationsformen zu finden²⁶¹, mittels derer man allein durch Nomenklatur den Nachweis führen konnte, der Problematik der künftig unverzichtbaren Wirtschaftsförderung hinlänglich Rechnung zu tragen.

²⁵⁹KGSt-Gutachten, Verwaltungsorganisation der Gemeinden, Aufgabengruppe 23, S. 74

²⁶⁰KGSt-Gutachten, a.a.O., Aufgabengruppe 22, S. 70

²⁶¹so auch andeutungsweise Altenmüller, VBlBW 1981, 201

Um den gestellten Anforderungen von nun an verwaltungsseitig wie kommunalpolitisch gerecht zu werden, vollzieht sich eine Organisationsformenentwicklung bis hin zum privatrechtlich organisierten öffentlichen Unternehmen, die häufig Organisationsprivatisierungen vorausgeht.

- (1) Die in den jeweiligen Ämtern/Abteilungen wahrgenommenen Einzelaufgaben werden in einer Abteilung zusammengefaßt und im Verwaltungsgliederungsplan mit eigener Bezeichnung versehen.²⁶²

So entsteht die Abteilung "Wirtschaftsförderung" im Planungsamt (Amt 61), ohne daß es der Eröffnung der Aufgabenhauptgruppe 8 bedarf, sofern nicht andere Aufgabenstellungen der Aufgabenhauptgruppe 8 wahrgenommen werden.

- (2) Mit weiterhin steigender Bedeutung - weil zunehmender politischer Brisanz infolge ausbleibender Erfolgsbilanzen auf dem Gebiet der Wirtschaftsförderung - erfolgt die personelle

²⁶² sogenannte Aufgabenbündelungen mit Festlegung einer Bezeichnung, vgl. KGSt-Gutachten, Verwaltungsorganisation der Gemeinden, S. 223 f., Ziffer 3 und 3.2

Aufstockung der Abteilung und die damit einhergehende Aufwertung zum "Amt für Wirtschaftsförderung".

- (3) Vermag auch die Amtsstruktur keine hinlängliche Erfolgsaussicht zu garantieren, weil bezogen auf den Aufgabenbereich der Wirtschaftsförderung "die Bewirtschaftung knapper Finanz-, Flächen- und Personalressourcen die langfristige Planung von gebiets- und anlagenbezogenen Umweltschutzmaßnahmen oder die Abwicklung von Förderungsprogrammen und Betriebsverlagerungen"²⁶³ sich nur aufgrund sachgerechter Organisationsstrukturen verwirklichen lassen, ist politisch der Grundstein für die Organisationsprivatisierung gelegt und hat die Forderung nach der Wirtschaftsförderungs-gesellschaft mbH bereits Eingang in die Beschlusvorlage für Rat oder Kreistag gefunden.

Sieht man zunächst von den noch zu erörternden Begründungen der notwendigen Überwindung öffentlich-rechtlichen Organisationsrechts²⁶⁴ ab, welche die Vergesellschaftung notwendig macht, so steht das Argument von der zunehmen-

²⁶³Müller, HKWP 4, S. 625 (639)

²⁶⁴vgl. die Ausführungen unten, S. 155 ff.

den, überragenden Bedeutung der Materie, der eine kommunale Dienststelle nicht mehr gerecht zu werden vermag, bei der Beschlußfassung des obersten Organs nach Kommunalverfassungsrecht mit im Vordergrund.

In der kommunalen Praxis finden sich dazu beispielhaft folgende Ausführungen²⁶⁵: "Da die allgemeinen strukturellen politischen Probleme der Wirtschaft mit der Auswirkung auf den Arbeitsmarkt des Kreises Wesel allein durch örtliche Wirtschaftsförderungsmaßnahmen nicht behoben werden können, soll mit Hilfe eines Wirtschaftsförderungskonzeptes²⁶⁶ auf Kreisebene negativen Entwicklungen entgegengewirkt werden."

d) Dezentralisierung infolge zunehmender Verwaltungs- unverträglichkeit

Der dem Motiv der wachsenden politischen Bedeutung vergleichbare Ausgliederungsprozeß vollzieht sich auch bei Aufgabenstellungen, die von Beginn an nicht oder im Laufe

²⁶⁵ Zitat aus der Beratungsvorlage für den Ausschuß für Wirtschaftsförderung und Liegenschaften des Kreises Wesel vom 11.02.1981 zur Beschlußfassung über die Gründung einer Wirtschaftsförderungsgesellschaft mbH

²⁶⁶ Gemeint ist die Gründung einer Wirtschaftsförderungsgesellschaft mbH für den Kreis Wesel.

der Zeit nicht mehr mit den hergebrachten Grundsätzen der Verwaltungsorganisation sowie der administrativen Bearbeitung in Einklang zu bringen sind.

Nach Stober²⁶⁷ ergibt sich diese soeben beschriebene Verwaltungsunverträglichkeit "aus der Natur der Sachmaterie".

Am Beispiel der Abfallwirtschaft²⁶⁸ läßt sich ein derartiger Entwicklungsprozeß bis hin zum Status eines "verwaltungsmäßigen Fremdkörpers" darstellen.

Träger der Abfallbeseitigung waren vor Inkrafttreten ordnender gesetzlicher Bestimmungen in der Regel Gemeinden oder Zweckverbände, die Sammlung und Abfuhr des Hausmülls und der hausmüllähnlichen Gewerbeabfälle aufgrund kommunaler Satzung geregelt hatten. Normen für technische Anforderungen an Beseitigungsanlagen waren nur in den seltensten Fällen vorhanden.

²⁶⁷Stober, NJW 1984, 449 (452)

²⁶⁸und hier insbesondere am Beispiel des Betriebes einer Müllverbrennungsanlage

Hoschützky und Kreft²⁶⁹ ist wohl zuzustimmen, wenn sie feststellen, daß die wenigsten Kommunen in der Lage waren, "die ihnen obliegenden Aufgaben ordnungsgemäß durchzuführen, weil als rechtliche Grundlage hierfür umfassende gesetzliche Bestimmungen fehlten oder mangels verbindlicher überörtlicher Planung regionale Zusammenschlüsse mehrerer Träger nicht zustande kamen".

In vielfältigsten Organisationsformen zwischen öffentlicher Hand und privaten Abfallbeseitigern wurde in jener Zeit "Beseitigungs-Hardware" geschaffen und betrieben, bezüglich derer nicht selten die finanz- wie haftungsrechtlichen Fragen ungeklärt blieben.

Durch das Dreißigste Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 12. April 1972²⁷⁰ wurde dem Bund die Befugnis zur konkurrierenden Gesetzgebung auf dem Gebiet der Abfallbeseitigung verliehen, indem der Katalog des Art. 74 Grundgesetz um die Ziffer 24 ergänzt wurde. Von dieser Ermächtigung hat der Bundesgesetzgeber sodann durch das

²⁶⁹Hoschützky/Kreft, Recht der Abfallwirtschaft, Teil 1, Abschnitt A, S. 1 f.

²⁷⁰vgl. BGBl. I, S. 593

Abfallbeseitigungsgesetz vom 7. Juni 1972²⁷¹ Gebrauch gemacht. Wesentlicher Teil der neuen gesetzlichen Regelung war die Schaffung der nach Landesrecht zu bestimmenden beseitigungspflichtigen Körperschaft.²⁷² Demzufolge bestimmt das Abfallgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen - Landesabfallgesetz NW²⁷³ - die kreisangehörigen Städte und Gemeinden als zuständige Körperschaften für das Einsammeln und Transportieren der Abfälle, die Kreise als Zuständigkeitsträger für die Beseitigung.²⁷⁴

Lediglich bei den kreisfreien Städten verbleiben die gesamten Funktionen "in einer Hand".²⁷⁵

Als Folge dieser gesetzgeberischen Zuständigkeitsentscheidung "erwarben" vielerorts die nunmehr beseitigungspflichtigen Kreise mehr oder minder gut funktionierende Abfallbeseitigungsanlagen der zuvor verantwortlichen Ge-

²⁷¹ vgl. BGBI. I, S. 873, zwischenzeitlich novelliert und am 28. August 1986 verkündet als Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen (Abfallgesetz-AbfG)-BGBI. I, S. 1410

²⁷² vgl. § 3 Abs. 2 Abfallbeseitigungsgesetz

²⁷³ vgl. Landesabfallgesetz NW in der Fassung vom 18.12.1983, GV NW S 562

²⁷⁴ vgl. § 1 Abs. 2 Landesabfallgesetz NW

²⁷⁵ vgl. § 1 Abs. 1 und 2 Landesabfallgesetz NW

meinden oder Zweckverbände, zu denen sich mehrere Kommunen zusammengeschlossen hatten.

So war aufgrund gesetzlicher Forderung der Kreis, dem das Denken und Gestalten als "untere staatliche Verwaltungsbehörde" typischerweise über Jahrzehnte zugemessen war, beinahe von einem Tag auf den anderen verantwortlicher Betreiber einer Müllverbrennungsanlage mit nachgeschalteter Strom- und Fernwärmeerzeugung.²⁷⁶

Der Zwang zur Organisationsprivatisierung ist - was sich hier mustergültig aufzeigen läßt - präjudiziert.

Die Schwierigkeiten beginnen mit der verwaltungsorganisatorischen Eingliederung dieses im 24-Stunden-Schichtdienst arbeitenden Produktionsbetriebes.

²⁷⁶so z.B. der Märkische Kreis, der die Müllverbrennungsanlage in Iserlohn kraft gesetzlicher Zuständigkeitsverlagerung vom ehemaligen Zweckverband für Abfallbeseitigung, dessen Mitglieder der ehemalige Kreis Iserlohn und die vormals kreisfreie Stadt Iserlohn waren, übernahm.

Wird die KGSt-Verwaltungsorganisation der Kreise²⁷⁷ zu Rate gezogen, so findet sich unter der Aufgabengruppe 7 die Aufgabengruppe 70, die Aufgaben der Abfallbeseitigung, gemeinhin zusammengefaßt im Amt für Abfallbeseitigung.

Danach sind Planung, Bau, Unterhaltung, Betrieb und Verwaltung von Abfallbeseitigungsanlagen neben anderem wesentlicher Amtsinhalt.

Es läßt sich anhand des gutachtlichen Entwicklungsprozesses zur Verwaltungsorganisation der Kreise nicht nachvollziehen, ob sich der Gutachterausschuß²⁷⁸ über die Bedeutung der Aufgabenzuweisung in bezug auf den Betrieb von Müllheizkraftwerken und Müllverbrennungsanlagen klar gewesen ist oder ob mit dem Betrieb von Abfallbeseitigungsanlagen ausschließlich vorhandene Mülldeponien gemeint waren.²⁷⁹

²⁷⁷KGSt-Gutachten, Verwaltungsorganisation der Kreise, S. 115 f.

²⁷⁸Zur Zusammensetzung siehe KGSt-Gutachten, Verwaltungsorganisation der Kreise, S. 3

²⁷⁹Nachvollziehbar jedenfalls erst 1986 im KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 38 und 39

Selbst wenn aber Verbrennungsanlagen mit einbezogen wurden, so waren die Probleme um die fehlende Verwaltungsverträglichkeit noch keinesfalls ausgemacht.

Allein der Eingliederungsprozeß in den Dezernatsverteilungs- und Verwaltungsgliederungsplan des Kompetenzträgers bereitet kaum zu überbrückende Schwierigkeiten. Ist schon das in den einzelnen Gemeindeverbänden vorhandene Organigramm der Verteilung der typischen Ämter auf Dezernate das Ergebnis politischer Meinungsbildung sowie ein personen- und persönlichkeitsabhängiger Entscheidungsprozeß, so bereitet die Zuteilung atypischer Aufgabenstellungen kaum lösbare Schwierigkeiten.

Nur selten verfügen die Kreise über eigene öffentliche Einrichtungen, deren verwaltungsmäßige Zusammenfassung in einem Dezernat VII²⁸⁰ gerechtfertigt wäre. Damit entsteht die Notwendigkeit einer Zuordnung zu vorhandenen Dezernaten.

Ernsthaft in Betracht kommt bei einer Eingliederung allenfalls das technische Dezernat. Kreisbauämter sind je-

²⁸⁰ vgl. KGSt-Gutachten, Verwaltungsorganisation der Kreise, S. 115 f.

doch heute aufgrund der personellen Ausstattung in quantitativer Hinsicht - weil stellenplanmäßig nicht zur Verfügung gestellt - wie in qualitativer Hinsicht - weil nicht erprobt - kaum mehr in der Lage, in eigener Verantwortung Hoch- oder Tiefbaumaßnahmen durchzuführen. Sie bedienen sich vielmehr bei Planung, Durchführung und Bauüberwachung privater Planungs- und Bauunternehmen.

Die Folge sind mitunter skurrile Verwaltungsorganisationen.²⁸¹

Dies ist dann zugleich der Beginn eines Gärungsprozesses, den der Verfasser als den Entwicklungsprozeß hin zur Erkenntnis der Verwaltungsunverträglichkeit bezeichnet.

Der 24-Stunden-Betrieb eines Kraftwerkes bei 100 % Anwendungsverfügbarkeit erfordert in gleichem Maße 100 % Entscheidungsverfügbarkeit, wobei ad-hoc-Entscheidungskompetenzen unverzichtbar sind. Eine derartige Entwicklung ist nicht in Einklang zu bringen mit dem Vorlage- und Be-

²⁸¹ vgl. Anlage 3, S. 266, Muster des Dezernatsverteilungs- und Verwaltungsgliederungsplanes des Märkischen Kreises, wonach in das Dezernat für allgemeine Verwaltung das Amt für Abfallbeseitigung einschl. des Müllheizkraftwerkes eingegliedert waren

schlußwesen einer Kommunalverwaltung, insbesondere wenn es darum geht, die politische Vertretung einschließlich der bestehenden Fachausschüsse verantwortlich einzubeziehen. Die Folge sind nachträgliche Kenntnismnahmen ohne die Möglichkeit einer inhaltlichen Korrektur.

Weitere Kollisionsprobleme tun sich auf, wenn es um die Verwirklichung der für Kreise und Gemeinden traditionell vorgegebenen Organisationsgrundsätze der Zentralisierung und Konzentration geht.²⁸²

Um diese Organisationsziele zu erreichen, bestimmt die Querschnittsverwaltung durch Haupt-, Organisations- und Personalämter die Richtlinien einer einheitlichen Verwaltungsführung.

Hierzu gehören allgemeinverbindliche Regelungen über die Gestaltung der Arbeitszeit einschließlich Überstundenregelungen, Kriterien der Arbeitsplatzbewertung und der Eingruppierung der Mitarbeiter sowie Arbeitsplatzgestaltung und Arbeitssicherheit und letztlich die Zuweisung von Finanzrahmen für die individuelle Entscheidungskompe-

²⁸² Ehlers, DÖV 1986, 897 unter Hinweis auf Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht II, § 77, I

tenz der leitenden Mitarbeiter. Mit letzterem beginnend sei erläutert, daß Geschäfte der laufenden Verwaltung²⁸³ gestaffelt nach DM-Größenordnungen den dem Behördenleiter nachgeordneten Führungskräften²⁸⁴ übertragen werden. Die Reparatur- und Wartungsetats von Verbrennungsanlagen haben im Gegensatz zu allen übrigen Etatpositionen unvergleichliche Größenordnungen mit der Folge, daß entweder beinahe alle Entscheidungen beim Behördenleiter anzusiedeln wären - was wegen der Fülle der übrigen Aufgabenstellungen unmöglich ist - oder aber völlig ungleichgewichtige Verantwortungsbereiche entstünden. Letzteres wiederum kommt bei den "höher Verantwortlichen" entsprechend in der Besoldung oder Vergütung nicht zum Ausdruck, wollte man nicht das Personalgesamtgefüge sprengen.²⁸⁵

²⁸³ vgl. § 37 Buchstabe a) KrO NW

²⁸⁴ Dezernenten, Amtsleiter, Abteilungsleiter

²⁸⁵ vgl. Anlagen 4 und 5, S. 262 und 263

Wertgrenzen, Vergabearten und Zuständigkeiten anhand der Gegenüberstellung: Allgemeine Beschaffungen - Beschaffungen und Baumaßnahmen Müllverbrennungsanlage und Deponien, als Auszug aus den Vergaberichtlinien für den Märkischen Kreis vom 01.01.1981-Dienstvorschrift für die Handhabung der Geschäfte der laufenden Verwaltung nach § 37 Buchstabe a) KrO NW;

Für die Beschäftigten in der allgemeinen Verwaltung ist zwischenzeitlich als komfortables Element öffentlicher Dienstleistungsverpflichtung überwiegend die gleitende Arbeitszeit unverzichtbarer Bestandteil ihres Arbeitnehmerstatus.

Die freie Wahl von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich des Gestaltungsrechts der Mittagspause sind mit den Erfordernissen eines technischen Betriebes nicht in Einklang zu bringen.

Um Besoldungs- und Vergütungsgerechtigkeit zu erzielen, werden Eingruppierung, Höhergruppierung der Arbeiter und Angestellten sowie Beförderung der Beamten auf der Grundlage von Arbeitsplatzbewertungen, denen konkrete Arbeitsplatzbeschreibungen zugrunde liegen, vorgenommen.

Um die im Müllheizkraftwerk geforderten Tätigkeitsmerkmale vergütungsentsprechend einzustufen, sind einschlägige Kenntnisse des Aufgabengebietes unabdingbar. Mangelt es den allgemeinen Verwaltungsorganisatoren bereits daran, so scheitert eine Vergleichbarmachung mit den verwaltungsmäßig geforderten Fertigkeiten völlig.

Untypische Anforderungen an die Gestaltung des Arbeitsplatzes sowie Sicherheitsbestimmungen, die in keiner Form mit den Anforderungen an den Verwaltungsarbeitsplatz in Übereinstimmung zu bringen sind, tun ein übriges, um derartige Einrichtungen der hier beispielhaft herangezogenen Art zu Verwaltungsfremdkörpern werden zu lassen.

Für die Personalvertretung entstehen aus alledem schier unlösbare Probleme. Arbeiten Dienststelle und Personalrat zur Erfüllung der dienstlichen Aufgaben und zum Wohle der Beschäftigten im Rahmen der Gesetze und Tarifverträge vertrauensvoll zusammen²⁸⁶, so tritt die Gegensätzlichkeit der Interessen auch bei der täglichen Arbeit der hauptamtlichen Personalratsmitglieder durchgehend zu Tage.

Da dem kommunalen Regiebetrieb eine eigene Personalvertretung nicht zugestanden ist, vielmehr nach dem personalvertretungsrechtlichen Begriff der Dienststelle Verwaltung und Betrieb im Regelfall eine rechtliche Einheit bilden²⁸⁷, vermag allenfalls das einzelne Vertretungsmit-

²⁸⁶ vgl. § 2 Abs. 2 LPVG NW

²⁸⁷ vgl. § 7 Abs. 1 LPVG NW

glied die Interessen der Mitarbeiter des Regiebetriebes in das Personalratsgremium einzubringen.

Von der gesetzlichen Ermächtigung der obersten Dienstbehörde, Nebenstellen oder Teile einer Dienststelle zu selbständigen Dienststellen im Sinne des Landespersonalvertretungsgesetzes zu erklären²⁸⁸, wurde soweit ersichtlich bisher kein Gebrauch gemacht.

Daß bei der Entwicklung hin zur Gesellschaft des privaten Rechts vielfach noch das Organisationsstadium des kommunalen Eigenbetriebes nach der vom kommunalen Wirtschaftsrecht abgeleiteten Eigenbetriebsverordnung²⁸⁹ durchlaufen wird, sei an dieser Stelle der Vollständigkeit halber erwähnt.

²⁸⁸ vgl. § 7 Abs. 2 LPVG NW

²⁸⁹ vgl. § 93 Abs. 1 GO NW i.V.m. der Eigenbetriebsverordnung-EigBetrVO NW-

e) Dezentralisierung als Konsequenz kommunaler Aufgabenfülle

Die wachsenden Haushaltsvolumina²⁹⁰, die Ausweitung der Stellenpläne²⁹¹ sowie die zunehmende "Verästelung" der Verwaltungsgliederungspläne sind ein eindeutiger Beweis dafür, daß sich nicht nur die Qualität der kommunalen Aufgabenerfüllung verändert hat, sondern auch die Fülle öffentlicher Aufgabenstellungen ständig zugenommen hat.²⁹²

Und entgegen der Beteuerung aller politischen Parteien, daß alles getan werden müsse, um die Ausweitung der staatlichen und kommunalen Aufgaben zu verhindern, erweitert sich das Aufgabenspektrum ständig.²⁹³ Hierbei ist nicht etwa feststellbar, daß lediglich der Bereich der leistenden Verwaltung betroffen ist, vielmehr sind zusätzliche Aufgabenstellungen im Ordnungsrecht im gleichen Maße begründet worden.

²⁹⁰ Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 213

²⁹¹ Schuppert, a.a.O., S. 225

²⁹² Reschke in: Wagener, Regierbarkeit?, S. 45

²⁹³ Becker in: Wagener, Regierbarkeit?, S. 120

Dieser im Jahre 1976 festgestellte Trend und der daraus entwickelte Ausblick haben sich in vollem Umfange bestätigt.

Verwiesen sei hier beispielhaft auf den ständig sich ausweitenden Bereich des vorbeugenden wie nachsorgenden Umweltschutzes.

Geht es in der Folge sodann darum, dieses Mengenproblem mit dem damit verbundenen institutionellen und personellen Aufwand zu bewältigen, liegt es nahe, nach organisatorischen Mitteln zu suchen, die geeignet sind, die "an einigen Punkten gefährdete Regierbarkeit von Gemeinden und Staat, besonders sofern man an dem herkömmlichen Instrumentarium, besonders der verwaltenden Gemeinde, festhält, zu entlasten"²⁹⁴.

Kommt eine Aufgabenprivatisierung²⁹⁵ nicht in Betracht, weil politisch nicht gewollt oder ein privater Träger nicht bereit zur Übernahme ist, sind aber andererseits die Nachteile einer übergroßen Organisation²⁹⁶ unverkennbar, ist der Weg hin zur Gesellschaft des privaten Rechts vorgezeichnet.

²⁹⁴ Reschke in: Wagener, Regierbarkeit?, S. 45 f.

²⁹⁵ vgl. zum Begriff die Ausführungen oben, S. 113

²⁹⁶ Schuppert, DÖV 1981, 153 (157)

KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 12 f.

Die in der Praxis gelieferten Begründungen beschränken sich im wesentlichen auf zwei Punkte.

Zum einen wird unter Hinweis auf fehlendes Personal wegen dahinterstehender Stellenplanbegrenzungen die Unmöglichkeit der Aufgabenbewältigung, zum zweiten wird die Überlastung der vorhandenen Organisationseinheit - Dezernat - unter Hinweis auf eine zunehmende Abwehrhaltung und einer damit verbundenen intensiveren Beschäftigungsnotwendigkeit mit originären Verwaltungsaufgaben begründet.²⁹⁷

f) Dezentralisierung zur Minderung der politischen
Einflußnahme

Hinweise auf Dezentralisierungsbestrebungen als Folge eines übermäßigen parteipolitischen Einflusses auf der kom-

²⁹⁷ Dieckmann, HKWP 3, S. 96 (98)

munalen Ebene finden sich im einschlägigen Schrifttum²⁹⁸ in großer Zahl.

Für Bachof²⁹⁹ ist das Argument von der Verringerung der politischen Einflußnahme durch Dezentralisierung und Bildung selbständiger Organisationseinheiten in Form von Gesellschaften von herausragender Bedeutung. Diese Einflußnahme, von der im folgenden die Rede sein soll, gestaltet sich vielfältig. Sie bezieht sich auf das kommunalverfassungsrechtlich geregelte Verfahren, auf Sachentscheidungsprozesse und nicht zuletzt auch auf Personalentscheidungen.

aa) Einflußnahme auf Personalentscheidungen

Es ist gemeinhin bekannt, daß bei der Besetzung von Führungspositionen in der kommunalen Verwaltung die parteipolitische Mitsprache längst nicht mehr auf die nach Ge-

²⁹⁸ Ehlers, DÖV 1986, 897 (901)

Schuppert, DÖV 1981, 153 (157)

Leisner, WiVerw 1983, 212 (216)

Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 256

Janson, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen, S. 199

Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 44 f.

Müller-Thoma, Halbstaatlicher Verein, S. 39

²⁹⁹ Bachof, VVDStRL 44 (1986), 169 (257)

meinde- und Kreisrecht vorgesehenen Stellen der kommunalen Wahlbeamten³⁰⁰ beschränkt ist, sich vielmehr über die Dezernenten- und Amtsleiterenebene bis auf die Abteilungsleiterenebene erstreckt. Soweit nicht zwanghafte Vorgaben eine andere Verfahrensweise unumgänglich machen³⁰¹, ist die tatsächliche Stellenbesetzung, die gewöhnlich mit einer Beförderung oder Höhergruppierung verbunden ist, das Ergebnis einer Mehrheitsentscheidung unter Zugrundelegung der Mehrheitsverhältnisse des obersten Kommunalverfassungsorgans.

Die dahinterstehenden Begründungen sind ebenso klar wie einleuchtend. Wird doch durch dieses Verfahren sichergestellt, daß der Informations- und Willensbildungsprozeß für die Mehrheitsfraktion erheblich erleichtert und schließlich die Durchsetzung der politischen Entscheidung gewährleistet wird.

³⁰⁰ gem. § 49 GO NW der Gemeindedirektor und die Beigeordneten,
gem. § 38 KrO NW der Oberkreisdirektor und der Kreis-
direktor;

³⁰¹ Der Bewerber ist aufgrund jahrelanger Stellvertretung in einer Erwartungshaltung, so daß eine andere Vorgehensweise menschlich nicht zu vertreten wäre.

Zu Recht weist Leisner³⁰² darauf hin, daß beim Ausweichen auf Organisationsformen des privaten Rechts die Chance der "Berufung eines unpolitischen Managements" besteht und "damit das Proporzdenken der Ämterpatronage zurückgedrängt werden kann".

Die Erfahrungen der Praxis haben jedenfalls in nachweisbar zahlreichen Fällen³⁰³ gezeigt, daß Räte und Kreistage bei der Berufung von Geschäftsführern für neu gegründete Gesellschaften die fachliche Qualifikation des Bewerbers in den Vordergrund zu stellen bereit sind und bisweilen die Frage nach der parteipolitischen Verbundenheit dahinter allmählich zurücktritt, zumindest aber zurückgedrängt wird.

bb) Einflußnahme auf den Willensbildungs- und Entscheidungsprozeß

Ausgehend von der Festlegung, daß die Gemeinden und Gemeindeverbände die Grundlage des demokratischen Staats-

³⁰²Leisner, WiVerw 1983, 212 (216)

³⁰³Die Nachweise muß der Verfasser wegen des konkret personellen Bezuges schuldig bleiben.

auffaas sind³⁰⁴ sowie der Feststellung, daß sich demzufolge in den Kommunen ein großes Maß an Willensbildung vollzieht, an der grundgesetzlich gesichert³⁰⁵ die politischen Parteien mitwirken, gestaltet sich folglich kommunalverfassungsrechtlich das Verfahren der Beratung und Entscheidung in dazu berufenen parteipolitisch besetzten und damit auch parteiprogrammatisch geprägten Organen und Gremien. Haben Rats- und Kreistagsabgeordnete weiterhin bei ihrer Tätigkeit "ausschließlich nach dem Gesetz und ihrer freien, nur durch Rücksicht auf das öffentliche Wohl bestimmten Überzeugung zu handeln"³⁰⁶, ohne an Aufträge gebunden zu sein, so erklärt das die ausladenden Argumente zu den von der Verwaltung vorgetragenen Entscheidungsvorschlägen.

Mit der Auslagerung der Aufgabenstellung auf eine autonome Gesellschaft des privaten Rechts wird angestrebt, diesen soeben beschriebenen parteipolitischen Einfluß zu mindern³⁰⁷ oder ganz auszuschließen³⁰⁸ und auf diesem

³⁰⁴vgl. Art. 28 Abs. 1, S. 2 GG i.V.m. § 1 Abs. 1 GO NW sowie § 1 Abs. 1 KrO NW

³⁰⁵vgl. Art. 21 Abs. 1 GG

³⁰⁶vgl. § 30 Abs. 1 GO NW sowie § 22 Abs. 1 KrO NW

³⁰⁷Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 44

³⁰⁸Leisner, WiVerw 1983, 212 (216)
Bachof, VVDStRL 44 (1986), 169 (257)

Wege zur Versachlichung des Entscheidungsprozesses zu gelangen.³⁰⁹

Während die kommunale Verwaltung letztlich der verlängerte Arm der kommunalen Gremien ist, wirkt schon allein aufgrund formalen Gesellschaftsrechts das Aufsichtsgremium der Kapitalgesellschaft ausschließlich zu deren Wohl.³¹⁰

Die von den Gebietskörperschaften gewählten oder entsandten Aufsichtsratsmitglieder haben keine gesellschaftsrechtliche Sonderstellung. Die kommunalverfassungsrechtlichen Bestimmungen über das weisungsgebundene Mandat³¹¹ regeln insofern nur die internen Beziehungen, greifen aber nicht in das Gesellschaftsrecht ein.

An die Stelle der Ratsmitglieder, Kreistagsabgeordneten und sachkundigen Bürger, die aus übergeordneten parteipol-

³⁰⁹ vgl. etwa § 95 Abs. 1 AktG, wonach der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen und der Hauptversammlung abschließend zu berichten hat;
so auch: Vitzthum, AöR 104 (1979), 580 (615) und BGHZ 36, 296 (306 f.)

³¹⁰ vgl. die Ausführungen unten, S. 222 ff.

³¹¹ Vitzthum, a.a.O., S. 615, FN 112;
im einzelnen dazu die Ausführungen unten, S. 224 ff.;

litischen Gründen³¹² "Bremsfunktionen" ausüben, treten nach eigener Überzeugung wirtschaftlich denkende Aufsichtsratsmitglieder, die am Sitz der Gesellschaft ein von der Kommunalpolitik unbeeinflusstes Eigenleben führen können.³¹³

g) Verlagerung von Verantwortlichkeiten

Will man, was sicherlich positiv zu bewerten ist, auf der einen Seite politische Einwirkungen, die mitunter sehr unsachlich sein können³¹⁴, ausschalten, zumindest aber zurückdrängen, so geht damit nicht selten die Intention einher, unbequeme - weil Öffentlichkeitsunliebsame - Entscheidungskomplexe aus der kommunalpolitischen Beratung herauszulösen und einem privatrechtlich organisierten Aufgabenträger, eben einer Gesellschaft, zur Erledigung durch deren Aufsichtsgremien zuzuweisen.

³¹² In Betracht kommen z.B. bundes- oder landespolitische Zielvorgaben der Parteien, die den örtlichen Gegebenheiten und Ansprüchen durchaus zuwiderlaufen können.

³¹³ Ehlers, DÖV 1986, 897 (901)

³¹⁴ Bachof, VVDStRL 44 (1986), 169 (257)

Das kann, so stellt Engel³¹⁵ fest, "zur Tarnung leistungspolitischer Verschlechterungen aber auch aus Gründen besserer Konfliktverarbeitung angenehm sein".

Beispielhaft angeführt sei wiederum, weil er sich am besten zur Verdeutlichung eignet, der Bereich der vergesellschafteten Abfallwirtschaft.

Aufgrund der Forderungen der angeschlagenen Bauindustrie zu Beginn der achtziger Jahre, die abfallbeseitigungspflichtigen Körperschaften³¹⁶ seien tatsächlich und rechtlich in der Pflicht, für ein flächendeckendes Netz von Inertstoffdeponien Sorge zu tragen, um so in vertretbaren Entfernungen Erdaushub und Abbruchmaterial zu wirtschaftlichen Bedingungen deponieren zu können, was sich wiederum kostengünstig auf das Baupreisgefüge auswirken sollte, begannen bei den Kompetenzträgern vehemente Standortdiskussionen, die in erheblichem Maße vom "St.-Florians-Prinzip" gekennzeichnet waren. Danach wußten die jeweiligen örtlichen Vertreter im Hinblick auf Standorte von Deponien in den eigenen Gemeindegrenzen genügend Gegenargumente einzubringen und gleichzeitig ihres Erach-

³¹⁵ Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 48
Oettle, Kommunalwirtschaft 1977, S. 164 (167)

³¹⁶ vgl. die Ausführungen oben, S. 132

tens einleuchtende Begründungen dafür zu liefern, daß in der Nachbargemeinde geeignetes Gelände in ausreichendem Umfang zur Verfügung stand.

Mit der Gründung einer Gesellschaft für Abfallbeseitigung³¹⁷ verband der verantwortliche Kompetenzträger die Erwartung, konfliktbehaftete Entscheidungen³¹⁸ aus der kommunalpolitischen Diskussion zu ziehen und zur eigenverantwortlichen Abwicklung auf die Gremien der Gesellschaft zu verlagern, auf diesem Wege die Standortverhandlungen zu versachlichen, die Erfolgsaussichten zu verbessern und gleichzeitig die kommunalpolitischen Vertreter aus der unmittelbaren Verantwortlichkeit zu entlassen.

³¹⁷ Die Ausführungen beziehen sich beispielhaft auf die Gesellschaft für Abfallbeseitigung des Märkischen Kreises mbH-GfA-gegründet am 01.01.1983, deren alleiniger Gesellschafter der Märkische Kreis ist.

³¹⁸ Ehlers, DÖV 1986, 897 (901)

h) Trennung von Entscheidungsverantwortlichkeit und Kontrolle

Der Vollständigkeit halber sei abschließend auf eine die Dezentralisierungsabsicht unterstützende Begründung hingewiesen, die aber aus der Sicht des Verfassers allenfalls nachrangige Bedeutung hat.

Es geht um die Wechselbeziehung zwischen verantwortlichem Handeln eines Trägers öffentlicher Verwaltung und der dafür notwendigen Kontrolle.³¹⁹

Ehlers³²⁰ beschreibt sehr anschaulich die zugrundeliegende Problematik anhand des Eigenbetriebsrechts. Gleichmaßen gelten die Ausführungen auch für den Regiebetrieb.

Ausgehend von dem überkommenen Rollenverständnis von Regierung auf der einen und Parlament als dem Kontrollgremium auf der anderen Seite³²¹ bietet die Anwen-

³¹⁹Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 48
unter Bezug auf: Vitzthum, AöR 104 (1979), 580 (616)
und Ehlers, DÖV 1986, 897 (901)

³²⁰Ehlers, a.a.O., S. 901

³²¹Vitzthum, AöR 104 (1979), 580 (616, FN 115),
ders., Parlament und Planung, 332 f.

dung auf der kommunalen Ebene sowohl nach reinem Kommunalverfassungsrecht als auch nach Eigenbetriebsrecht Schwierigkeiten.

Steht Kontrolle im Gegensatz zum "Handeln in Letztverantwortlichkeit"³²², so üben die obersten Kommunalverfassungsorgane in der Tat nach Gemeinde- wie Kreisrecht und nach Eigenbetriebsrecht keine Kontrolle aus, sondern entscheiden abschließend.

Diese, das gesamte Kommunalrecht kennzeichnende Rechtssituation³²³ zur eigenständigen Begründung für notwendige Organisationsprivatisierung zu erheben, erscheint aus der Sicht des Verfassers verfehlt.

Bei der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben in der Rechtsform einer Gesellschaft als wünschenswerten Nebeneffekt eine Trennung von Entscheidungsverantwortlichkeit und Kontrolle quasi parlamentarischer Art zu erzielen, erscheint im Rahmen der Motivforschung angemessen und vertretbar.

³²²Vitzthum, AÖR 104 (1979), 580 (616)

³²³Die Kontrolle übt die Aufsichtsbehörde durch die allgemeine Kommunalaufsicht nach den einschlägigen Bestimmungen des Kommunalverfassungsrechts aus.

2) Überwindung öffentlich-rechtlichen formellen Organisationsrechts

Die Loslösung vom öffentlichen Organisationsrecht wird mit vielerlei Schlagworten begründet. Die Rede ist von "größerer Flexibilität, Elastizität, Beweglichkeit, Spielraum, Effizienz und Entbürokratisierung"³²⁴. Daß mit diesen Begriffen lediglich überschlägig, teilweise gar mehrdeutig, die Privatisierungsmotive beschrieben werden, ist verständlich, so daß eine Systematisierung der formellen Gründe unerlässlich ist.

a) Größere Flexibilität bei Gründung und Wiederauflösung

Zwar nicht zuvörderst bedeutsam, aber immerhin mitbestimmend für die Entscheidung zugunsten einer privaten Organisationsform, ist deren leichtere Errichtung und Wiederauflösung.³²⁵

³²⁴so die Aufzählung bei Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 45 m.w.N. in den FN 2 bis 6

³²⁵Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 39 f.
Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 126

In nahezu freier Selbstbestimmung entscheidet die Körperschaft des öffentlichen Rechts über die Gründung einer Gesellschaft des privaten Rechts, sofern oberstes Organ des kommunalen Selbstverwaltungsträgers sowie der Hauptverwaltungsbeamte hierüber Einigkeit erzielt haben. Der gesellschaftsrechtliche Gesetzesvorbehalt³²⁶ ist nicht einschneidender wie bei jeder Privatperson oder jeder juristischen Person des Privatrechts.

Demgegenüber unterliegen alle öffentlich-rechtlichen Organisationsformen einem Gesetzesvorbehalt dergestalt, daß in der Regel ein besonderer Errichtungsakt hoheitlicher Natur durch die Aufsichtsbehörde erforderlich ist, zumindest die Kontrollbefugnisse der Aufsichtsbehörde gesetzlich geregelt sind.

³²⁶ Gemeint sind die zwingenden Gründungs- und Errichtungsbestimmungen für Gesellschaften des privaten Rechts, vgl. beispielhaft die §§ 23 ff. AktG, §§ 1 bis 12 GmbHG;

Läßt man die auf der kommunalen Ebene bedeutungslosen Rechtsformen der Anstalten³²⁷ und Stiftungen außer acht, so kommen als mögliche Organisationsformen lediglich der Zweckverband als die für die Aufgabenstellung ausschließlich begründete neue Körperschaft des öffentlichen Rechts sowie der kommunale Eigenbetrieb nach § 93 GO NW sowie der darauf fußenden Eigenbetriebsverordnung in Betracht.

Bedarf bei der Bildung des Zweckverbandes gemäß § 10 GkG die zugrundeliegende Verbandssatzung der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde, so findet selbst beim Eigenbetrieb immerhin noch eine aufsichtsbehördliche Einflußnahme bei der jährlichen Prüfung des Haushaltsplanes statt, soweit jedenfalls, bezogen auf das Sondervermögen des Eigenbetriebes, genehmigungspflichtige Auswirkungen auf den Gesamthaushalt vorliegen.³²⁸

³²⁷ Ausgenommen sind die kommunalen Sparkassen, die zwar rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts sind, denen jedoch gesetzlich eine eng umrissene spezifische Aufgabenstellung zugewiesen ist (vgl. §§ 2 und 3 des Gesetzes über die Sparkassen sowie über die Girozentrale und Sparkassen- und Giroverbände - Sparkassengesetz - SpkG). Knemeyer, Bayerisches Verwaltungsrecht, S. 178, qualifiziert sie als kommunale Wirtschaftsunternehmen eigener Art.

³²⁸ vgl. § 82 GO NW

Demgegenüber sind - wie bereits im Dritten Teil dieser Arbeit dargelegt - Gesellschaftsgründungen gegenüber der Aufsichtsbehörde lediglich anzeigepflichtig.³²⁹ Zu Recht stellt Rudolf³³⁰ daher fest, daß mit der Errichtung privatrechtlich organisierter Gesellschaften der Gesetzesvorbehalt, der bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts besteht, "überspielt" werden kann.

³²⁹ vgl. § 96 GO NW sowie die Ausführungen oben, S. 111 ff.

³³⁰ Rudolf in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 56, II, 3

b) Entbindung von der Formstrenge des kommunalen
Verfassungs- und Verfahrensrechts

Ein sicherlich wesentliches Argument für die Organisationsprivatisierung ist die Straffung des Entscheidungsprozesses für Angelegenheiten von grundsätzlicher Bedeutung, indem der Kompetenzträger nach Befreiung von den kommunalverfassungsrechtlichen Verfahrenszwängen sucht.

aa) Das Beschlußverfahren

Die vorgenannten Verfahrenszwänge sind gekennzeichnet von einem sich über die Jahre ständig perfektionierenden Vorlagewesen für Beratungs- und Beschlußorgane und nehmen ihren Lauf in zeitlich kaum eingrenzbaren Ausschusssitzungen bei gleichzeitig unabdingbar notwendiger Beachtung der Verfahrensvorschriften einer Geschäftsordnung³³¹ für das oberste Organ und seine Ausschüsse.

³³¹ auf der Grundlage von § 31 Abs. 2 GO NW und § 23 Abs. 2 KrO NW

Danach sind Beratungsvorlagen rechtzeitig³³² den politischen Gremien zuzuleiten, die neben umfassenden Darlegungen zur Sach- und Rechtslage einen Vorschlag zur Beschlussfassung enthalten sollen. Über Fachausschüsse, die von der zu beratenden Materie kraft Kompetenz betroffen sind, über den Finanzausschuß - soweit Ausgaben getätigt werden sollen - über Haupt- bzw. Kreisausschuß werden Angelegenheiten von grundsätzlicher Bedeutung dann letztendlich im Rat bzw. Kreistag entschieden. Unter Wahrung aller Fristen und Termine kann so vielfach eine zeitnahe Entscheidung nicht gefällt werden. Das hilfreiche Instrument der Tischvorlage findet bei den Abgeordneten kaum mehr Zustimmung, die kommunalverfassungsrechtlich zugelassenen Rechtsinstitute der Eil- bzw. Dringlichkeitsentscheidung³³³ erscheinen suspekt und führen daher zu Grundsatzdebatten über die zeitliche und nicht inhaltliche weitere Behandlung der Vorlage.

Die beschränkt taugliche Möglichkeit zur Reduzierung des Zeitverlustes in Form der Übertragung auf mit Beschluss-

³³² nach den Vorschlägen in den Mustergeschäftsordnungen der kommunalen Spitzenverbände eine Woche oder sieben Werktage,
vgl. Rehn, Geschäftsordnung für Rat und Ausschüsse

³³³ vgl. § 43 Abs. 1, Satz 2 bzw. Satz 3 GO NW und
§ 34 Abs. 3, Satz 1 bzw. Satz 2 KrO NW

kompetenz versehene Fachausschüsse ist auf das Gemeinde-recht und dort auch nur auf "bestimmte Angelegenheiten"³³⁴ begrenzt.

Der Kreisordnung ist das Beschlußrecht für Fachausschüsse überhaupt fremd.³³⁵

Demgegenüber sind bei der Gesellschaft nach zwingenden gesetzlichen Regelungen³³⁶ bzw. nach Gesellschaftsvertrag³³⁷ die Kompetenzen der Aufsichtsgremien festgelegt, denen auf kurzem Wege schriftlich, notfalls mündlich, zur Beschlußfassung berichtet wird.

Für Leistungen, bei denen die Nachfrage konjunkturellen, saisonalen, modischen oder ähnlichen Schranken unterworfen ist³³⁸, sind besonders häufig Anpassungen des Lei-

³³⁴vgl. § 28 Abs. 2 GO NW

³³⁵In der dem § 28 GO NW vergleichbaren Vorschrift des § 20 KrO NW fehlt eine Regelung über die Übertragungsmöglichkeit auf Ausschüsse i.S.v. § 32 KrO NW.

³³⁶so bei der Aktiengesellschaft; vgl. § 111 AktG in bezug auf den Aufsichtsrat

³³⁷Bei allen übrigen nach Kommunalrecht zulässigen Gesellschaftsformen vgl. die Ausführungen oben, S. 91 ff.;

³³⁸zu denken ist beispielsweise an Freizeiteinrichtungen u.ä.;

stungsumfanges oder der Preise erforderlich. Das setzt in der Regel ein rasches Reagieren bei den Institutionen einschließlich der Beschaffungen voraus.

Die Gesellschaft bietet hierfür das angepaßtere reaktive Verhalten. Die Entscheidungswege sind einfacher und kürzer.³³⁹

bb) Der Öffentlichkeitsgrundsatz

Nach dem geltenden Kommunalverfassungsrecht sind die Sitzungen der Räte, Kreistage und der Ausschüsse grundsätzlich öffentlich.³⁴⁰

Konfliktbehaftete Entscheidungen erfahren so eine zusätzlich erschwerte Behandlung. War schon die politische Einflußnahme ein Faktor, der die Berechenbarkeit kommunalen Handelns beeinflusste³⁴¹, so erfährt die zur Entscheidung anstehende Materie aufgrund öffentlicher, d.h. öffent-

³³⁹KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 19

³⁴⁰vgl. § 33 Abs. 2 und § 42 Abs. 2 GO NW sowie § 25 Abs. 2 und § 32 Abs. 4 KrO NW

³⁴¹vgl. die Ausführungen oben, S. 144 ff.

lichkeitswirksamer Behandlung eine weitere ungünstige Beeinflussung.³⁴²

Parlamentarische Auseinandersetzungen, in der Öffentlichkeit ausgetragen, führen leicht - was nur zu menschlich ist - zur Selbstdarstellung der Redner und damit zu einem Verlust an Sachbezogenheit.

In den Organen der Gesellschaft fehlt mangels Öffentlichkeit³⁴³ der Sitzungen von Aufsichtsgremien ein derartiges Gebaren der Mitglieder, zumindest ist es erheblich eingeschränkt.

"Das ermöglicht es, unliebsame politische Einwirkungen auf Betriebsentscheidungen auszuschalten und konfliktbezogene Entscheidungen (z.B. über höhere Benutzungsent-

³⁴²Leisner, WiVerw 1983, 212 (216)

³⁴³vgl. § 109 AktG für die Aktiengesellschaft, der entsprechend auch für die GmbH mit Aufsichtsrat gilt, so Baumbach/Hueck, GmbHG, § 52 Rdnr. 130 f., so daß nicht beizupflichten ist der Aussage von Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 44 f., daß es "nicht üblich" sei, "daß die Organe der privatrechtlichen Verwaltungsträger öffentlich tagen".

gelte) von den Gesellschaftsorganen in nichtöffentlicher Sitzung treffen zu lassen"³⁴⁴.

c) Anwendung marktwirtschaftlicher Prinzipien

Höhere Effizienz, Kostensenkung und eine Personalwirtschaft nach Management-Grundsätzen, verbunden mit einer Entbürokratisierung, sind die Begriffe, die sich hinter der Forderung nach marktwirtschaftlicher Denkungs- und Handlungsweise verbergen.

aa) Nutzung von privatem Sachverstand und privater Initiative unter Beteiligung außerhalb der Verwaltung stehender Dritter

Eine nicht unerhebliche Rolle spielt in der Praxis das Bedürfnis der Kommunen, sich durch Zusammenarbeit mit privatrechtlich organisierten Institutionen, Verbänden, Unternehmen etc. deren Sachverstand nutzbar zu machen und

³⁴⁴ Ehlers, DÖV 1986, 897 (901);
ebenso Leisner, a.a.O., S. 216 u. Engel, Mittelbare
Kommunalverwaltung, S. 44 f.

in eigene Aufgabenstellungen erfüllungshalber einzubringen.³⁴⁵

Hier ist es unumgänglich, die Form einer rechtlichen Selbstständigkeit zu wählen, da die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen eine Zusammenarbeit in Form von Kooperationsverträgen mit Privatrechtssubjekten nicht zulassen. Zusammenschlüsse über den jeweiligen Kommunalverband hinaus sind lediglich mit anderen Trägern öffentlicher Verwaltung in den vom Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit festgelegten Formen³⁴⁶ möglich.

Die Motive für den Wunsch nach Zusammenarbeit sind hierbei vielfältiger Natur.³⁴⁷ Neben der bereits genannten Begründung, das Know-how auf dem Markt befindlicher Unternehmen einzubringen, steht gleichrangig die Intention,

³⁴⁵ Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 127

Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 47

Vitzthum, AöR 104 (1979), 580 (615)

Schuppert, DÖV 1981, 153 (157)

Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 255

Stober, NJW 1984, 449 (452)

Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), 137 (148)

³⁴⁶ so die kommunale Arbeitsgemeinschaft gem. §§ 2 und

3 GKG sowie der Zweckverband i.S.v. §§ 4 ff. GKG

³⁴⁷ vgl. die Zusammenstellung im KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 33

eine Konkurrenzsituation, die vermeintlich entstehen könnte, von vornherein zu vermeiden.³⁴⁸

Gesondert im Zuge des noch anzustellenden Vergleichs der öffentlichen und privaten Finanzwirtschaft wird auch als Motiv die Kapital- und Risikobeteiligung Dritter zu behandeln sein.³⁴⁹

³⁴⁸ So findet sich etwa in der Beratungsvorlage für den Ausschuss für Wirtschaftsförderung und Liegenschaften vom 11.12.1981 zur Beschlußfassung über die Gründung einer Wirtschaftsförderungsgesellschaft mbH für den Kreis Wesel folgende Aussage:

"Neben den bereits vom Kreis durchgeführten Aufgaben in der Wirtschaftsförderung sollten nach Auffassung der Verwaltung zusätzliche freiwillige Aufgaben nur übernommen werden, soweit dieses von den Städten und Gemeinden gebilligt wird und eine Abgrenzung zu den Aufgaben der Kammern, Verbände und sonstigen Institutionen der gewerblichen Wirtschaft bei entsprechender Kooperation mit diesen gewährleistet bleibt"

und

"Eine stetige Kooperation mit den Kammern und Verbänden, Vertretern des Bank- und Kreditgewerbes, der Gewerkschaften und der Arbeitsverwaltung ist deshalb zur Vermeidung von Aufgabenüberschneidungen erforderlich".

³⁴⁹ vgl. die Ausführungen unten, S. 176 ff.

bb) Größere Flexibilität in der Personalwirtschaft

Der Wegfall der Bindungen an die strengen Regeln des öffentlichen Dienstrechts, weil "das starre Korsett des Besoldungs- und Karriereschemas im öffentlichen Dienst abgestreift werden kann"³⁵⁰, und eine andere Form der Arbeitnehmermitbestimmung gehören zu den ganz wesentlichen Begründungen für die Wahl privater Rechtsformen.

(1) Verwirklichung des Management-Gedankens

Zur Organisationsprivatisierung geeignete Aufgabengebiete der öffentlichen Hand verlangen - so zeigt die Praxis³⁵¹ - in zunehmendem Maße einen spezialisierten Mitarbeiterstab und eine Ausstattung auf hohem technischen Standard.³⁵²

Die Organisationsform der Gesellschaft des privaten Rechts hat hier den Vorteil, so stellt Ossenbühl³⁵³ zu Recht fest, daß man bei der Gewinnung von Führungskräften

³⁵⁰ Funk, Die Besorgung öffentlicher Aufgaben, S. 30 f.

³⁵¹ vgl. etwa die Auflistung der Beispiele im KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 37 ff., insbesondere S. 38 bis 41;

³⁵² Dieckmann, HKWP 3, S. 96 (101)

³⁵³ Ossenbühl, DÖV 1971, 513 (519)

nicht an die Grenzen staatlicher Besoldungsordnungen oder aber auch jener Vorschriften stoße, die den Rechtsstatus der öffentlichen Bediensteten zementiere.

Spezialisten und Führungskräfte der Wirtschaft stehen "dem Status des Beamten oder öffentlichen Angestellten und der damit verbundenen Eingliederung ihrer Person und Tätigkeit in den staatlichen Verwaltungsapparat vielfach ablehnend gegenüber"³⁵⁴.

Die Beispiele dafür, daß sich Körperschaften vergebens um geeignete Führungskräfte für ihre Einrichtungen bemühen, sind zahlreich.³⁵⁵ Etwas lebensfremd mutet einen in diesem Zusammenhang die Feststellung Stobers³⁵⁶ an, wonach privatrechtlich organisierte Verwaltungsträger nicht auf "ausgebildete Berufsbeamte (§ 121 Beamtenrechtsrahmengesetz)" zurückgreifen könnten.

³⁵⁴Müller-Thoma, Halbstaatlicher Verein, S. 36

³⁵⁵vgl. die Beispiele bei Müller-Thoma, a.a.O., S. 36 f.; die Einstellung von "Technischen Direktoren" für kommunale Müllverbrennungsanlagen beispielsweise scheitert allerorten an den Begrenzungen durch den Bundes-Angestellten-Tarifvertrag;

³⁵⁶Stober, NJW 1984, 449 (452)

Besteht zum einen infolge Tarifgebundenheit³⁵⁷ bzw. aufgrund der zwingenden Regelungen des Bundesbesoldungsgesetzes nicht die Möglichkeit der leistungs- und risikoadäquaten Bezahlung des Personals, so sind auch die Arbeitsbedingungen des öffentlichen Dienstes mit dem Arbeitsstil eines für seinen Aufgabenbereich verantwortlichen Managers nicht in Übereinstimmung zu bringen.

Ausgeprägte behördeninterne Verfügungsverfahren in eng umgrenzten Verantwortungsbereichen in zwingend fixierten Hierarchien lassen Initiative, Verantwortungs- und Risikobereitschaft schwinden und gefährden den Erfolg der Unternehmung.

Demgegenüber ist es der verselbständigten Organisationseinheit wegen Fehlens eben dieser Zwänge durch "stärkere Leistungsorientierung von Entlohnung und Beförderungen sowie Verzicht auf Arbeitsplatz - bzw. Beschäftigungsgarantien, die über die gesetzlichen Vorschriften hinausgehen"³⁵⁸, möglich, Management-Grundsätze im Unternehmen zu praktizieren.

³⁵⁷ BVerwGE 18, 135 (140 f.)

³⁵⁸ KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 17

Geschäftsführer erhalten ausschließlich zeitlich befristete Verträge, bekommen andererseits gewinnabhängige Vergütungszuschläge; auf diese Weise werden Anreize geschaffen, die das persönliche Engagement des einzelnen steigern sollen, umgekehrt aber bei Versagen die rechtlichen Grundlagen dafür gelegt, problemlos - zumindest jedenfalls erleichtert - einen Personalaustausch vorzunehmen.

(2) Mitbestimmung der Arbeitnehmer

In Abhängigkeit von der Rechtsform der kommunalen Unternehmung bestimmt sich die Art und Weise der Beteiligung der Arbeitnehmerschaft an den Entscheidungsfindungen und Beschlüssen. Soweit und solange die Aufgabenstellung in der Organisationsform des Regiebetriebes wahrgenommen wird, ist die Arbeitnehmerbeteiligung nicht anders als in der übrigen Verwaltung, d.h. die Beteiligung richtet sich ausschließlich nach dem Landespersonalvertretungsgesetz - LPVG NW.

Danach vollzieht sich die Einflußnahme durch einen von den Beschäftigten zu wählenden Personalrat ausschließlich auf der Ebene der Dienststelle nach einem formalisierten

Beteiligungsverfahren³⁵⁹ in Form der Beteiligung³⁶⁰, der Mitwirkung³⁶¹ und der Anhörung³⁶².

Das Problem der verständlicherweise mangelnden Einsichtsfähigkeit von Personalratsmitgliedern in die spezifischen Belange des Regiebetriebes und die Bedürfnisse der dort Beschäftigten hat der Verfasser bereits unter dem Stichwort "Dezentralisierung infolge zunehmender Verwaltungs-unverträglichkeit"³⁶³ ausführlich beschrieben.

Weitergehend repräsentiert sind die Beschäftigten des kommunalen Eigenbetriebes. Während nämlich für die Regiebetriebe eine Mitwirkung der Arbeitnehmervertreter in den Beschlussgremien des Gemeinwesens - also Rat bzw. Kreistag und Ausschüssen -, abgesehen von der jedermann zustehenden Teilnahmeberechtigung als Zuhörer von öffentlichen Sitzungen, nicht stattfindet, trifft die Gemeindeordnung für die Eigenbetriebe eine anderweitige Regelung.

³⁵⁹vgl. §§ 62 ff. LPVG NW

³⁶⁰vgl. § 72 LPVG NW

³⁶¹vgl. § 73 LPVG NW

³⁶²vgl. §§ 74 und 75 LPVG NW

³⁶³vgl. die Ausführungen oben, S. 129 ff., insbesondere S. 140 f.

Nach dem nordrhein-westfälischen Gemeinde- und Eigenbetriebsrecht³⁶⁴ besteht der Werksausschuss, dem die Zuständigkeiten des Rates soweit wie möglich übertragen werden sollen³⁶⁵, bei mehr als 50 Beschäftigten zu einem Drittel aus Beschäftigten des Eigenbetriebes, bei weniger als 51 aber mehr als 10 Beschäftigten gehören dem Werksausschuss zwei Beschäftigte des Eigenbetriebes an.

Neben den nach LPVG NW bestehenden Personalrat auf der Ebene der Dienststelle, der auch für den Eigenbetrieb zuständig ist³⁶⁶, treten die im Werksausschuss mit Sitz und Stimme versehenen Beschäftigten des Eigenbetriebes, die aus einem Vorschlag der Versammlung der Beschäftigten des Eigenbetriebes gewählt werden.³⁶⁷

Bei den Gesellschaften des privaten Rechts - und zwar solchen mit einem Kontrollgremium für die Geschäftsführung - findet die Arbeitnehmer-Repräsentanz ebenfalls auf zwei Ebenen und in zwei Formen statt.

³⁶⁴vgl. § 93 Abs. 3 GO NW

³⁶⁵vgl. § 93 Abs. 2, Satz 2 GO NW

³⁶⁶Havers, Landespersonalvertretungsgesetz NW, § 1, Anm. 6.2

³⁶⁷vgl. § 93 Abs. 3, Satz 3 GO NW

Die betriebliche Mitbestimmung bzw. Mitwirkung durch den gewählten Betriebsrat³⁶⁸ entspricht in etwa der des Personalrates bei den Körperschaften des öffentlichen Rechts, hinzu kommt die unternehmerische Mitbestimmung nach Gesellschaftsrecht und Betriebsverfassungsgesetz.

Für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Aufsichtsrat sowie die Aktiengesellschaft bestimmen sich die Arbeitnehmerbeteiligungen im Aufsichtsrat insoweit nach dem Aktiengesetz in Verbindung mit dem Betriebsverfassungsgesetz.³⁶⁹

Es kann nicht der Aufgabenstellung der hier vorliegenden Arbeit entsprechen, weil es deren Rahmen sprengen müßte, die Statthaftigkeit der paritätischen Mitbestimmung bei kommunalen Eigengesellschaften unter Beachtung der gemeindlichen Entscheidungs- und Verantwortungsmöglichkeit sowie des grundgesetzlichen Demokratiegebotes darzustellen.

³⁶⁸ vgl. die einschlägigen Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes-BetrVG-

³⁶⁹ vgl. § 96 Abs. 1 AktG i.V.m. § 129 BetrVG i.V.m. § 76 Abs. 1 BetrVG 1952

len³⁷⁰, jedenfalls aber ist es die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer, die wegen ihres ausschließlich unternehmensspezifischen Bezuges sowohl auf der Ebene der betrieblichen wie der unternehmerischen Mitbestimmung direkt oder indirekt die Autonomie der Unternehmen gegenüber dem Unternehmensträger stützt³⁷¹, so daß im Ergebnis festzustellen ist, daß ein nicht unbeachtliches Motiv für die Vergesellschaftung von öffentlichen Aufgaben die dem Verwaltungsbereich verfassungsrechtlich versagte³⁷² und für den Eigenbetrieb nur eingeschränkt verwirklichte paritätische Mitbestimmung ist.³⁷³

³⁷⁰ vgl. dazu: Scholz/Pitschas, Die Gemeindewirtschaft, S. 77, unter Bezug auf LG Bremen, NJW 1976, 333 und OLG Bremen, NJW 1977, 1153;
Neuere Zusammenfassung dazu: Tettinger, Mitbestimmung in der Sparkasse, S. 49 f. m.w.N. und VGH NW, NWZ 1987, 211 ff.

³⁷¹ Püttner, DÖV 1983, 697 (703)

³⁷² Leisner, WiVerw 1983, 212 (215),
ders., Mitbestimmung im öffentlichen Dienst,
S. 51 ff., insbesondere S. 57 ff.

Kritisch dazu: Tettinger, a.a.O., S. 49 f.

³⁷³ Leisner, WiVerw 1983, 212 (215)

Scholz/Pitschas, HKWP 5, S. 119 (131) m.w.N.
Püttner, a.a.O., S. 703;

a.A. wohl Vitzthum, AöR Bd. 104 (1979), 580 (591, FN 34), der wohl nicht ausschließt, daß Umgründungspläne in Gesellschaften des privaten Rechts gerade deshalb unterbleiben, weil die Betroffenen die Mitbestimmung in Parität zu fürchten scheinen;

cc) Loslösung von den zwingenden Regelungen
öffentlicher Finanzwirtschaft

Folgt man den Ausführungen von Püttner³⁷⁴, so war im historischen Entwicklungsprozeß der Verselbständigung von kommunalen Unternehmungen die Herausnahme aus der kameralistisch geführten Haushaltsrechnung und das Zugeständnis eines eigenen Rechnungswesens auf der Grundlage der kaufmännischen Buchführung die erstrangige Begründung.

(1) Das autonome Rechnungswesen

Die Abkehr vom "antiquierten Kameralismus"³⁷⁵ sowie der damit verbundenen Rechnungsprüfung³⁷⁶ macht - so wird jedenfalls überwiegend in der Literatur formuliert - den Weg frei zu einer "elastischen kaufmännischen Finanzgebarung"³⁷⁷.

³⁷⁴Püttner, DÖV 1983, 697 (702)

³⁷⁵Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 41 unter Bezug auf Recktenwald, Unwirtschaftlichkeit im Staatssektor, S. 159 f.

³⁷⁶Engel, a.a.O., S. 41

³⁷⁷Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 411
 und ders. in: VVDStRL 29 (1971), 137 (147)

Zu Recht weisen RUFNER³⁷⁸ und Janson³⁷⁹ darauf hin, daß die "lästige Bruttoetatisierungspflicht"³⁸⁰ für sich genommen kein Argument für die Bevorzugung des Privatrechts ist, da zwischenzeitlich im staatlichen³⁸¹ wie im gemeindlichen³⁸² Bereich Unternehmungen, die zur Verselbständigung durch Gründung privater Gesellschaften geeignet wären, haushaltsrechtlich eine Behandlung als Sondervermögen erfahren mit der Folge, daß an die Stelle des Haushaltsplanes die Nettoetatisierung³⁸³ etwa in Form des Wirtschaftsplanes³⁸⁴ tritt.

(2) Autonome Finanzierungspolitik

Es ist zwar nicht das autonome Rechnungswesen, das die Verselbständigung rechtfertigt, aber die über das rein formelle Haushaltsrecht hinausgehende autonome Fi-

³⁷⁸ RUFNER, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 254 i.V.m. S. 236 f.

³⁷⁹ Janson, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen, S. 198

³⁸⁰ Janson, a.a.O., S. 198

³⁸¹ vgl. Art. 110 Abs. 1, Satz 1, 2. Halbsatz GG

³⁸² § 82 GO NW sowie die §§ 8 ff. EigBetrVO NW

³⁸³ RUFNER, a.a.O., S. 248

³⁸⁴ vgl. etwa § 82 Abs. 4, Satz 3 GO NW

finanzierungspolitik³⁸⁵, welche den Trend zur Gesellschaftsgründung in der Praxis begünstigt.

Was unter autonomer Finanzierungspolitik zu verstehen ist, sei nachfolgend konkretisiert.

d) Erleichterte Kreditaufnahme

Die kommunale Eigengesellschaft ist aufgrund eigener Rechtspersönlichkeit und finanzieller Selbständigkeit unter erleichterten Voraussetzungen zur Kreditaufnahme auf dem Kapitalmarkt in der Lage.³⁸⁶ Zweckverbände wie Eigenbetriebe unterliegen hinsichtlich der Gestellung von Sicherheiten sowie der Kreditaufnahme den einschränkenden Vorschriften der kommunalen Haushaltswirtschaft.³⁸⁷

³⁸⁵ Janson, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen, S. 199

³⁸⁶ Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 255
Janson, a.a.O., S. 198
Zeiß, HKWP III, S. 611 (643)

³⁸⁷ vgl. für den Zweckverband: § 18 Abs. 1 GkG i.V.m. §§ 72 und 73 GO NW; für den Eigenbetrieb: §§ 82 Abs. 1, Ziffer 3, 82 Abs. 3 i.V.m. §§ 72 und 73 GO NW;

(3) Kapitalbeschaffung bei Beteiligung Dritter

Neben der bereits dargestellten wünschenswerten Beteiligung privater Dritter zwecks Nutzbarmachung von deren Initiative und Erfahrungswissen³⁸⁸ ist auch die Kapitaleinbringung als Grundlage der gemeinwirtschaftlichen Aufgabenerfüllung ausschließlich der privatrechtlich organisierten Unternehmung möglich.³⁸⁹

Hierbei kann es nicht darum gehen, worauf Ehlers³⁹⁰ zu Recht hinweist, private Geldverleiher zu motivieren, die "eine möglichst hohe Rendite des eingesetzten Kapitals" anstreben, "in der Regel aber nicht an der Erreichung bzw. Einhaltung der öffentlichen Zwecksetzung" interessiert sind, vielmehr zielt die kommunale Praxis darauf hin, durch Schaffung sogenannter gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen³⁹¹ bei Einbringung von privatem Sachver-

³⁸⁸ vgl. die Ausführungen oben, S. 164 ff.

³⁸⁹ Vitzthum, AÖR Bd. 104 (1979), 580 (615)

Rüfner, a.a.O., S. 256

KGSt Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 33

³⁹⁰ Ehlers, DÖV 1986, 897 (902)

³⁹¹ vgl. die Ausführungen oben, S. 60 f.,
zum Begriff vgl. auch Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht,
Rdnr. 719

stand und privatem Kapital für die Allgemeinheit notwendige Projekte überhaupt realisieren zu können.

So wird beispielsweise die abfallbeseitigungspflichtige Körperschaft³⁹² bei der Errichtung einer Abfallbeseitigungsanlage in Form einer Deponie - sofern im eigenen Hoheitsgebiet vorhanden - die Zusammenarbeit mit einem Abbauberechtigten oder Unternehmer eines Mineralgewinnungsbetriebes suchen, um in freigelegten Bauen seiner Anlage die Entsorgung von Abfällen durchzuführen oder durchführen zu lassen.

Zum einen ergibt sich eine derartige Kooperationsverpflichtung bereits aus dem Abfallgesetz³⁹³, nämlich die Duldungsverpflichtung auf der einen und die Inanspruchnahmeverpflichtung auf der anderen Seite, zum anderen vereinen sich hier zwei legitime Interessen.

Der Körperschaft bleibt der Erwerb von für die Entsorgung geeignetem Grund und Boden erspart, da diesen der Unternehmer zur Verfügung stellt; dieser nutzt seinerseits das brachliegende Gelände, indem er an den Einnahmen aus dem

³⁹² vgl. die Ausführungen oben, S. 132

³⁹³ vgl. § 3 Abs. 7 AbfG

Betrieb der Abfallentsorgungsanlage partizipiert. Diese soeben geschilderte "Symbiose" kann organisatorisch nur in Form eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens erfolgen. Kooperationen mit öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen von Gemeinden oder Gemeindeverbänden in der soeben beschriebenen Form sind rechtlich nicht möglich.

Dagegen gewinnen Kooperationen der aufgezeigten Art in der kommunalen Praxis zunehmend an Bedeutung.

(3) Folgewirkungen

Die im Zusammenhang mit der Befreiung von den Zwängen des kommunalen Haushaltsrechts dargebotenen Begründungen, die der Vollständigkeit halber erwähnt sein sollen, sind nach Überzeugung des Verfassers eher Folgewirkungen, da sie sich als positive Folgen des nicht anzuwendenden Grundsatzes der Gesamtdeckung darstellen.³⁹⁴

So führt die autonome Finanzpolitik des in die Selbständigkeit entlassenen Unternehmens zur Entlastung des Haus-

³⁹⁴ vgl. § 62 Abs. 3 GO NW i.V.m. § 16 der Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplanes der Gemeinden-Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO)

haltes³⁹⁵, damit auch zu deren erhöhtem Verschuldungsspielraum³⁹⁶, umgekehrt entsteht im Falle der Prospektivität der organisationsprivatisierten Unternehmung die Möglichkeit zur Bildung stiller Reserven³⁹⁷. Für den jeweiligen Kämmerer sind das finanzpolitische Instrumentarien, die geeignet sind, den eigenen Handlungsspielraum nicht unbeträchtlich zu erweitern.

(4) Flexibleres Vergabewesen

Von Bedeutung ist letztlich auch bei der Erörterung der haushaltsrechtlichen Formalanforderungen die für die Gemeinden und Gemeindeverbände gesetzlich geregelte Auftragsvergabe. Danach muß der Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände des Einzelfalles eine beschränkte Ausschreibung oder gar freihändige Vergabe rechtfertigen.³⁹⁸

³⁹⁵Scholz/Pitschas, HKWP 5, 119 (132)

KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 27

³⁹⁶KGSt-Bericht, a.a.O., S. 27

³⁹⁷Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 256

³⁹⁸vgl. § 31 Abs. 1 GemHVO

Über § 31 Abs. 2 GemHVO finden auf das kommunale Auftragsvergabewesen die Verdingungsordnung für Bauleistungen - VOB -³⁹⁹ sowie die Verdingungsordnung für Leistungen - ausgenommen Bauleistungen - VOL -⁴⁰⁰ aufgrund innenministerieller Verfügung Anwendung. Von diesem Ausschreibungserfordernis mit grundsätzlicher Verbindlichkeit für die gesamte öffentliche Verwaltung⁴⁰¹ ist die privatrechtlich organisierte Gesellschaft grundsätzlich - jedenfalls bei Nichtinanspruchnahme von öffentlichen Förderungsmitteln - befreit.⁴⁰²

"Dadurch ergibt sich die Möglichkeit, mit den Bietern frei zu verhandeln, was zu Einsparungen bei Investitions-

³⁹⁹ Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A (Fassung 1973) und Teil B (Fassung 1979)-VOB-verbindlich erklärt für Gemeinden und Gemeindeverbände in NW durch den Innenminister mit Einführungsverfügung vom 23.03.1980 mit Wirkung vom 06.02.1980-MBl.NW 1980, S. 734;

⁴⁰⁰ Verdingungsordnung für Leistungen, ausgenommen Bauleistungen, Teile A und B-VOL-SMBl.NW 20021; Anwendungsempfehlung durch Rd.Erl. des Ministers für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr, zugleich im Namen des Ministerpräsidenten und aller Landesminister vom 05.02.1985, MBl.NW 1985, S. 155;

⁴⁰¹ Scheel/Steup, Gemeindehaushaltsrecht NW, § 31. Anm. I

⁴⁰² Süß, BayVBl. 1986, 257 (260)
KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 21

maßnahmen führen kann"⁴⁰³, in jedem Fall aber den Geschäftsablauf erheblich vereinfacht.

dd) Die Ersparnis von Steuern, einschließlich der
Gewährung von Zuweisungen und Zulagen

In der langen Liste der vielfachen Begründungen für Vervielfachungen von kommunalen Einrichtungen kommt dem Motiv der Steuerersparnis allein deshalb höchststrangige Bedeutung zu, weil die Vorteile in Geldeswert nachweisbar gestaltet werden können⁴⁰⁴ und im Zeichen verschuldeter Haushalte Kommunalpolitiker für Einsparungsargumente allzeit empfänglich sind.

Gleiches gilt für die Inanspruchnahme von Mitteln aus den staatlichen Förderungsprogrammen.

Da es grundlegender Kenntnisse des Steuerrechts bedarf, die teilweise schwierigen Zusammenhänge zwischen Steuer- und Abgabenrecht auf der einen und dem Gesellschaftsrecht auf der anderen Seite erschöpfend aufzuzeigen, sollen

⁴⁰³KGSt-Bericht, a.a.O., S. 21

⁴⁰⁴KGSt-Bericht, a.a.O., S. 31

sich die nachfolgenden Ausführungen auf die dabei wesentlichen Aspekte beschränken.

(1) Die steuerrechtlichen Aspekte

Unterschiede in der steuerlichen Behandlung von öffentlichen Einrichtungen, eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen oder Eigenbetrieben und Eigengesellschaften ergeben sich insbesondere im Zusammenhang mit der Körperschaftsteuer und der Kapitalertragsteuer.

Nach § 1 Abs. 1, Ziffer 1 Körperschaftsteuergesetz - KStG (1984) - sind Kapitalgesellschaften und nach § 1 Abs. 1, Ziffer 6 KStG die Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich körperschaftsteuerpflichtig. Die steuerrechtlichen Regelungen knüpfen demzufolge - jedenfalls was die Steuerpflicht angeht - nicht an unterschiedliche öffentlich-rechtliche Organisationsformen, vielmehr ist die Steuerpflicht an einen dem Steuerrecht ausschließlich zugeordneten Begriff, nämlich den des Betriebes gewerblicher Art, gebunden.

Was den Betrieb gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts ausmacht, bestimmt § 4 Körperschaftsteuergesetz. Die Begriffsmerkmale erfüllen danach alle Einrichtungen, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen dienen. Die Absicht, Gewinn zu erzielen, ist nicht erforderlich.⁴⁰⁵ Ausdrücklich im Gesetz genannt sind die Betriebe zur Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Elektrizität oder Wärme, öffentliche Nahverkehrsbetriebe und Hafenbetriebe.⁴⁰⁶

Zu den Betrieben gewerblicher Art gehören nicht Betriebe, die überwiegend der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen, die sogenannten Hoheitsbetriebe.⁴⁰⁷

Besteht also grundsätzlich allein aufgrund des Vorliegens eines Betriebes gewerblicher Art die Körperschaftsteuerpflicht, ohne daß es auf die Unterscheidung zwischen öffentlicher oder privater Organisationsform ankäme, so gewinnt die Wahl der Rechtsform körperschaftsteuerrechtliche Bedeutung, wenn es um die Höhe der Besteuerung geht. Der Körperschaftsteuersatz für die Betriebe gewerblicher

⁴⁰⁵ vgl. § 4 Abs. 1 KStG

⁴⁰⁶ vgl. § 4 Abs. 3 KStG

⁴⁰⁷ vgl. § 4 Abs. 5 KStG

Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts in allen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen vom Regie- bis zum Eigenbetrieb beträgt 50 %⁴⁰⁸, während sich im Ergebnis für die Eigengesellschaften bei voller Gewinnausschüttung ein Steuersatz von 44 %⁴⁰⁹ ergibt, der sich errechnet aus einer Ermäßigung der Kapitalertragsteuer auf 12,5 %⁴¹⁰ unter Berücksichtigung der Nichtanrechenbarkeit gezahlter Körperschaft- und Kapitalertragsteuer.⁴¹¹

Im Umsatzsteuerrecht ist die private oder öffentlich-rechtliche Organisationsform auf die Steuerpflicht wie auf die Höhe des Steuersatzes ohne Einfluß, da umsatzsteuerpflichtig kraft Rechtsform die privatwirtschaftlichen Kapitalgesellschaften⁴¹² ebenso wie Betriebe gewerb-

⁴⁰⁸ vgl. § 23 Abs. 2 i.V.m. § 1 Abs. 1, Ziffer 6 KStG

⁴⁰⁹ vgl. §§ 23 Abs. 1, 27 Abs. 1 KStG, 43 Abs. 1 Ziffer 1, 43 a Abs. 1, Ziffer 1, 44 c Abs. 2 Einkommensteuergesetz-EStG (1986)

⁴¹⁰ vgl. § 44 c Abs. 2 EStG

⁴¹¹ vgl. § 51 KStG;

zur Berechnung im einzelnen: Lüder, Steuerliche Überlegungen, S. 207 (212 f.);

im Ergebnis so auch: KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 59

Ehlers, DÖV 1986, 897 (902)

⁴¹² vgl. § 2 Abs. 1 Umsatzsteuergesetz-UStG 1980-

liche Art der Körperschaften des öffentlichen Rechts⁴¹³ sind.

Die in der Literatur⁴¹⁴ beschriebenen Steuerersparnisse aufgrund des Rechts zur Umsatzsteueroption bei gleichzeitiger Vorsteuerabzugsberechtigung⁴¹⁵ gelten in gleichem Maße für Gesellschaften wie Regie- und Eigenbetriebe.

Bezogen auf die Gewerbesteuer, Vermögensteuer und Grunderwerbsteuer ist die Rechtsform ebenso unbeachtlich.

Gleiches gilt für die steuerliche Behandlung eines Verbundes von Überschuß- und Defizitbetrieben, den sogenannten Pool.⁴¹⁶ Nachdem sich die steuerrechtliche Zusammenfassung nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zunächst sogar nur auf die kommunalen Eigenbetriebe bezog, wurde in der Folge die Zulässigkeit seitens der Finanzverwaltung auch auf die Kapitalgesellschaften aus-

⁴¹³vgl. § 2 Abs. 3 UStG i.V.m. § 1 Abs. 1, Ziffer 6 KStG

⁴¹⁴Lüder, Steuerliche Überlegungen, S. 215
KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 52

⁴¹⁵vgl. § 9 i.V.m. § 15 UStG

⁴¹⁶vgl. die Ausführungen oben, S. 62 ff.

gedehnt.⁴¹⁷ Die Problematik liegt hier nicht in Wahl der Rechtsform, sondern bei den steuerrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Gewinn- und Verlustrechnung.

Diese ist nämlich nur zuzulassen, wenn eine "enge wechselseitige technisch-wirtschaftliche Verflechtung"⁴¹⁸ zwischen den jeweiligen Unternehmen besteht, andernfalls der Tatbestand einer verdeckten Gewinnausschüttung vorliegt.⁴¹⁹

Ausdrücklich bejaht wird die Verflechtung bei Zusammenschlüssen von Verkehrs-, Versorgungs- und Hafenbetrieben.⁴²⁰

Die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffes der engen wechselseitigen technisch-wirtschaftlichen Verflechtung ist dabei zunächst einmal Aufgabe des Steuerpflichtigen. Daß in der Praxis hier ein hohes Maß an Findigkeit entwickelt wird, muß nicht besonders herausgestellt werden.

⁴¹⁷Nachweise bei Lüder, Steuerliche Überlegungen, S. 214

Denkert, Besteuerung und Wechsel, S. 84

⁴¹⁸Körperschaftsteuerrichtlinien - KStR 1985 - Abschnitt 5, Abs. 9

⁴¹⁹KStR 1985, Abschnitt 5, Abs. 10

⁴²⁰KStR 1985, Abschnitt 5, Abs. 10

Die organisatorischen Entwicklungen aufgrund der augenblicklich gültigen Regelungen beschreibt Lüder⁴²¹ zu Recht wie folgt:

"Fortsetzung der Bestrebungen zur Umwandlung von Eigenbetrieben in privatrechtliche Kapitalgesellschaften mit den Ziel, die Körperschaftsteuerbelastung durch günstigeren Steuertarif und den Verbund von Überschuß- und Defizitbetrieben zu vermindern!"

Hierbei sei noch angemerkt, daß beim Wechsel der Betriebsform von der öffentlichen zur privaten Organisationsform neben dem landesrechtlichen Umwandlungsgesetz-UmwG- steuerrechtlich das Gesetz über steuerliche Maßnahmen bei Änderung der Unternehmensform - UmwStG - Anwendung findet.⁴²²

Kein steuerlicher Anreiz besteht für eine Privatisierung von Betrieben, die nicht gewerblicher Art sind, also für

⁴²¹Lüder, Steuerliche Überlegungen, S. 218

⁴²²Die §§ 57 ff. UmwG ermöglichen die Übernahme des Vermögens und der Schulden im Wege der Gesamtrechtsnachfolge.

die Hoheitsbetriebe.⁴²³ Ausgliederungen in diesem Bereich ziehen nach dem zuvor Dargelegten im Gegenteil zusätzliche steuerliche Belastungen unter anderem in Form der Umsatzsteuerverpflichtung⁴²⁴ nach sich.⁴²⁵

Abschließend sei der Vollständigkeit halber noch hingewiesen auf zwei Unterschiede bei der steuerlichen Behandlung von Kapitalgesellschaften und Betrieben gewerblicher Art der Körperschaften des öffentlichen Rechts. Zum einen betrifft er die Höhe der Abzugsfähigkeit der Konzessionsabgabe⁴²⁶ von der Körperschaftsteuer bei voller Gewinnausschüttung. Wegen unterschiedlicher Bemessungsgrundlagen genießt auch hier die Eigengesellschaft eine steuerliche Besserstellung.⁴²⁷

Der zweite Fall betrifft die unterschiedliche Behandlung von Kommunaldarlehn.

⁴²³vgl. die Ausführungen oben, S. 185 unter Bezug auf § 4 Abs. 1 und 5 KStG

⁴²⁴vgl. § 2 Abs. 3, Satz 1 UStG

⁴²⁵Lüder, Steuerliche Überlegungen, S. 219

⁴²⁶ausschließlich für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe relevant

⁴²⁷vgl. dazu KStR 1985, Abschnitte 32 und 34

Die von der Kommune der Eigengesellschaft zur Verfügung gestellten Darlehn werden als abzugsfähige Schulden bei der Einheitsbewertung behandelt und die für das Darlehn aufgebrauchten Zinsen bei der Festlegung der Körperschaftsteuer als Ausgaben gerechnet.

Voraussetzung ist allerdings eine "angemessene Eigenkapitalausstattung" der Gesellschaft, andernfalls es sich um eine verdeckte Gewinnausschüttung handeln würde.⁴²⁸ Eine angemessene Eigenkapitalausstattung ist dann anzunehmen, wenn das Gesellschaftskapital wenigstens 40 % der Aktivseite der Bilanz ausmacht.⁴²⁹

(2) Zuweisungen und Zulagen

Bedeutsam kann im Einzelfall die Organisationsform der kommunalen Unternehmung für die Gewährung von Zuweisungen oder Zulagen sein, sofern die der staatlichen Förderung zugrundeliegenden Gesetze und Verordnungen und Richtlinien beim Zuwendungsempfänger eine bestimmte Rechtsform voraussetzen. Geht es beispielsweise um die Inanspruch-

⁴²⁸ vgl. § 8 Abs. 3 KStG

⁴²⁹ BFH, BStBl. III, 1962, S. 450

nahme gemeindlicher Zweckzuweisungen⁴³⁰ aus dem Landeshaushalt, so kann die öffentliche Organisationsform möglicherweise unumgänglich sein, handelt es sich um Forschungsmittel aus Forschungsprogrammen des Bundes⁴³¹, so kann Zuwendungsempfänger sowohl die Kapitalgesellschaft wie auch die öffentlich-rechtlich organisierte kommunale Unternehmung sein.

Andererseits verlangt bei Strukturförderungsmaßnahmen z.B. das Investitionszulagengesetz - InvZulG -, daß der Empfänger steuerpflichtig im Sinne des Einkommensteuergesetzes bzw. des Körperschaftsteuergesetzes ist.⁴³² Da - wie bereits oben erläutert ⁴³³ - der Hoheitsbetrieb der Körperschaft des öffentlichen Rechts dieser Besteuerungsverpflichtung nicht unterliegt, kann im Bereich der hoheitlichen Betriebe ein Anreiz gegeben sein, Aufgabenstellungen in einer privatrechtlichen Kapitalgesellschaft zu verselbständigen, vorausgesetzt es hat vorab eine Ab-

⁴³⁰ Zum Begriff der gemeindlichen Zweckzuweisungen allgemein, vgl. Elsner, Das Gemeindefinanzsystem, S. 170, Thieme, Kommunale Finanzwirtschaft, S. 158 ff.

⁴³¹ z.B. Förderungsmittel des Umweltbundesamtes als Festbetragsfinanzierung für neue Technologien auf dem Gebiet des Umweltschutzes;

⁴³² vgl. § 1 Abs. 1 InvZulG

⁴³³ vgl. die Ausführungen oben, S. 185 und 186 f.

wägung dahingehend stattgefunden, ob die Zulagen nicht langfristig durch die nunmehr zu entrichtenden Steuern aufgezehrt werden.

d) Wegfall der Kommunalaufsicht

Fest steht, daß die kommunalen Eigengesellschaften nicht der staatlichen Aufsicht unterliegen.⁴³⁴ Dementsprechend ist die Einflußnahme durch die allgemeine Kommunalaufsichtsbehörde⁴³⁵ bei den Gesellschaften des privaten Rechts begrenzt auf die gemeindliche Anzeigepflicht bei Gründung respektive Beteiligung.⁴³⁶

Wie weit die kommunalaufsichtliche Prüfungsermächtigung materiellrechtlich reicht, beschreibt Ehlers⁴³⁷ unter Be-

⁴³⁴ Ehlers, DÖV 1986, 897 (905)
 Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 254, insbesondere FN 93, demzufolge der Einflußbereich der Kommunalaufsicht zumindest zurückgedrängt wird;
 Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 44
 Pagenkopf, Verfassungsrecht, S. 201
 Klüber, HKWP I, S. 541 (577)

⁴³⁵ vgl. § 106 a GO NW

⁴³⁶ vgl. § 96 GO NW sowie die Ausführungen oben, S. 111 ff

⁴³⁷ Ehlers, DÖV 1986, 897 (905)

zug auf die Ausführungen zur Kommunalaufsicht im allgemeinen bei Erichsen.⁴³⁸

Danach beschränkt sich die Prüfung, die im Bereich der Kommunalaufsicht ohnenin auf das Opportunitätsprinzip ausgerichtet ist⁴³⁹, auf die Frage, ob die Gemeinde oder der Gemeindeverband von einem weitreichenden Organisationsermessen "in ordnungsgemäßer Weise Gebrauch gemacht hat"⁴⁴⁰. Die Aufsichtsbehörden können nur evidente Verletzungen des Organisationsermessens korrigieren bzw. den Nichtgebrauch des Ermessens beanstanden.⁴⁴¹

Inwieweit die gesetzlich statuierte Anzeigeverpflichtung einschließlich der für die Gesellschaftsgründung in der Anzeige bestehenden Begründungsnotwendigkeit die Einschätzungsprärogative der Kommune edukatorisch beeinflusst, wie Ehlers⁴⁴² dies vermeint, erscheint sehr fraglich.

⁴³⁸ Erichsen, DVBl 1985, 943 (944)

⁴³⁹ vgl. die "Kann-Bestimmungen" der §§ 107 ff. GO NW; dazu Ehlers, DÖV 1986, 897 (905)
Hassel, DVBl 1985, 697 (702)

⁴⁴⁰ Ehlers, a.a.O., S. 905

⁴⁴¹ Ehlers, a.a.O., S. 905

⁴⁴² Ehlers, a.a.O., S. 905

Jedenfalls ist der Einfluß der Kommunalaufsicht auf jegliche öffentlich-rechtliche Organisationsform erheblich ausgeprägter, weil dem gesamten Ermessensspektrum der §§ 107 ff. GO NW unterworfen. So gesehen ist es richtig, daß der Anreiz zur Verselbständigung nicht unerheblich von dem Wunsch getragen ist, der Kontrolle und damit auch der Bevormundung durch die Kommunalaufsichtsbehörde zu entgehen, wobei allerdings - vielleicht selbstverständlich - der Träger öffentlicher Verwaltung eine derartige Begründung keinesfalls formuliert, sondern als gewollten oder ungewollten Nebeneffekt "billigend" in Kauf nimmt.

e) Begrenzung der Haftung

Als weiteres Motiv für die Wahl der privaten Rechtsform wird in der Literatur die Absicht der Haftungsbegrenzung angeführt. Dabei geht es einmal um die Inanspruchnahme auf Schadensersatz durch außenstehende Dritte⁴⁴³, zum anderen um die Vermögenshaftung⁴⁴⁴.

⁴⁴³Fischedick, Die Wahl der Benutzungsform, S. 65 ff.
Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 43 m.w.N.
Ossenbühl, DÖV 1971, 513 (519)

⁴⁴⁴Ehlers, DÖV 1971, 513 (519)
ders., Verwaltung in Privatrechtsform, S. 315 ff.
Stober, NJW 1984, 449 (457)

aa) Die einzelnen Haftungstatbestände

Unterschiedliche Rechtsgrundlagen und daraus folgend ein unterschiedlicher Haftungsumfang bestimmen das Haftungsverhältnis zwischen dem kommunalen Betrieb und einem Dritten, sofern es deliktischer Natur ist.

Hat die Gemeinde oder der Gemeindeverband die Aufgabenstellung einer Gesellschaft des privaten Rechts übertragen, so regelt sich die deliktische Haftung ausschließlich nach den §§ 823 ff. BGB, ungeachtet der Tatsache, daß eine Körperschaft des öffentlichen Rechts Anteilseigner, möglicherweise gar ausschließlicher Gesellschafter ist.

Handelt es sich demgegenüber um einen kommunalen Betrieb in öffentlich-rechtlicher Organisationsform, so unterliegen die Kommunen der Amtshaftung nach Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB.

Den sich aus den unterschiedlichen Anspruchsnormen ergebenden Haftungsumfang als Vorteil einerseits und als Nachteil andererseits einzustufen, um daraus gleichzeitig

Begründungen für oder gegen eine Privatisierung von Aufgabenstellungen herzuleiten, fällt schwer.

Jedenfalls vermag der Verfasser der zusammenfassenden Feststellung von Fishedick⁴⁴⁵ nicht zu folgen, wonach die Haftung der Gemeinden und Kreise gegenüber Dritten bei öffentlich-rechtlicher Organisationsform im allgemeinen ungünstiger sei. Andererseits reicht es aber nicht aus, wie Engel⁴⁴⁶ dies tut, Haftungsfolgen ebenfalls zum Motiv für Privatisierung zu erklären, dann jedoch Begründungen dafür schuldig zu bleiben.⁴⁴⁷

Nach Ansicht des Verfassers lassen sich eindeutige Vor- bzw. Nachteile nicht feststellen. Ist nach § 839 BGB im Falle der Amtshaftung der Schadensersatzanspruch auf Geld beschränkt⁴⁴⁸, so kann nach § 823 BGB jede Art von Naturalrestitution⁴⁴⁹ verlangt werden.

⁴⁴⁵Fishedick, Die Wahl der Benutzungsform, S. 88

⁴⁴⁶Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 43

⁴⁴⁷vgl. die vagen Formulierungen bei Engel, a.a.O., S. 43 unter bb)

⁴⁴⁸Erman/Drees, BGB, § 839, Rndnr. 98 und § 249, Rndnr. 65

⁴⁴⁹Erman/Drees, BGB, § 249, Rndnr. 59

Auch ist im Falle des § 839 BGB der Anspruch auf "Ersatz in Geld" beschränkt⁴⁵⁰; letztlich verlangt § 839 Abs. 1, Satz 2 BGB, daß keine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Falle der bloßen Fahrlässigkeit gegeben sein darf⁴⁵¹, wobei anzumerken ist, daß die Rechtsprechung richtigerweise den Anwendungsbereich der Verweisungsklausel auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit zunehmend begrenzt hat.⁴⁵²

Andererseits ist nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG jeder Vermögensschaden zu ersetzen, währenddessen bei der privatrechtlichen Deliktshaftung eine Schadensersatzverpflichtung nur im Falle der Verletzung von absolut geschützten Rechtsgütern⁴⁵³ besteht.

Ob - zusammengefaßt - hernach die Haftungsgrenzen im Falle der Amtshaftung oder im Falle der privatrechtlichen Deliktshaftung günstiger sind, wird eine Frage des konkreten Einzelfalls sein, generelle Aussagen im Hinblick

⁴⁵⁰ Erman/Drees, BGB, § 839, Rndnr. 98

⁴⁵¹ Sogen. Subsidiaritätsprinzip

⁴⁵² vgl. Fisdick, a.a.O., S. 71 f. unter Hinweis auf die BHG-Rechtsprechung zur Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1, S. 2 BGB

⁴⁵³ vgl. § 823 Abs. 1 und 2 BGB

auf eine Rechtsformenwahl sind demgegenüber nicht möglich.

Die übrigen Haftungstatbestände wie die vertrags- und die vertragsähnliche Haftung⁴⁵⁴ sowie die Störungsabwehransprüche einschließlich der Entschädigungsansprüche Dritter⁴⁵⁵ beurteilen sich nach denselben Rechtsgrundlagen und führen im Ergebnis zu den gleichen Haftungsverpflichtungen, unabhängig davon, ob der kommunale

⁴⁵⁴ Fishedick, a.a.O., S. 72 ff.:

hier sind in erster Linie die speziellen Regelungen des allgemeinen und besonderen Schuldrechts einschlägig;

⁴⁵⁵ BGHZ 60, 119 (122 f.) und Erman/Hagen, BGB, § 906, Rndrr. 19: wenn und soweit der Betrieb rechtlich notwendig ist (vgl. §§ 88 ff. GO NW), gemeinwichtigen Interessen dient und Störungen nicht zu vermeiden sind, besteht für Dritte eine Duldungspflicht, ungeachtet der Rechtsform des Betriebes;

BGHZ, 48, 98 (104 f.):

geht die Duldungspflicht über das in § 906 BGB bestimmte Maß hinaus, besteht für den Dritten ein Entschädigungsanspruch gegen das öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen aus enteignungsgleichem Eingriff;

BGHZ 60, 119 (123):

gegen die Gesellschaft des privaten Rechts leitet sich der Entschädigungsanspruch aus den bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen der Aufopferung her;

Regie- oder Eigenbetrieb oder die Gesellschaft des privaten Rechts von Dritten in Anspruch genommen wird.

bb) Haftungsbeschränkungen vermögensrechtlicher Art

Da juristische Personen des privaten Rechts im Geschäftsverkehr ausschließlich mit ihrem eigenen Vermögen haften, liegt es nahe, private Rechtsformen für die Aufgabenerfüllung aus haftungsbeschränkenden Motiven zu wählen.

Inbesondere durch die Wahl der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ließe sich rechtstheoretisch eine derartige Beschränkung herbeiführen.⁴⁵⁶

In der Literatur wird dieses Motiv intensiv beschrieben⁴⁵⁷, bis hin zu der ebenfalls mehr theoretischen Feststellung, daß bei Nichterreichen des mit der kommunalen Unternehmung verfolgten Zwecks jedenfalls bei Vorliegen der Rechtsform einer Eigengesellschaft wie bei jedem Un-

⁴⁵⁶Ossenbühl, DÖV 1971, 513 (519)

⁴⁵⁷Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 315 ff. m.w.N.

ders., DÖV 1986, 897 (900 f.)

Stober, NJW 1984, 449 (457)

Pestalozza, Formenmißbrauch des Staates, S. 110 ff.

Degenhardt, Durchgriff auf den Staat, S. 4 ff.

ternehmen privatrechtlicher Art der Konkurs durchzuführen ist, bei dessen Abwicklung dem Zugriff der Gläubiger nur derjenige Teil des Vermögens des oder der Gesellschafter unterworfen ist, der ihrer Beteiligung an der Eigengesellschaft entspricht.⁴⁵⁸

Allein vom Rechtsempfinden widerstrebt es einem, dies im Ergebnis zu akzeptieren.

Die rechtlichen Begründungen dafür, daß doch eine Einstandspflicht der Körperschaft des öffentlichen Rechts für ihre Eigengesellschaft besteht, fallen unterschiedlich aus.

Abgeleitet aus der zivilrechtlichen Dogmatik⁴⁵⁹, wird einerseits das Rechtsinstitut der Durchgriffshaftung⁴⁶⁰ bemüht. Danach ist quasi als "haftungsrechtliche Entsprechung zur Einwirkungspflicht und damit Folge der Letztverantwortlichkeit der Verwaltung"⁴⁶¹ das öffentliche Ge-

⁴⁵⁸ Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 315

⁴⁵⁹ Degenhardt, a.a.O., S. 4 ff. mit entsprechenden Rechtsprechungsnachweisen das Gesellschaftsrecht betreffend;

⁴⁶⁰ Stober, NJW 1984, 449 (457)

Böckstiegel, Der Durchgriff auf den Staat, S. 18 ff.

⁴⁶¹ Stober, a.a.O., S. 457

meinwesen verpflichtet, in den Haftungsverbund einzutreten, wenn immer sich dies als notwendig erweist.

Handelt die juristische Person des öffentlichen Rechts, deren Gesellschafter die Kommune ist, gar "im Namen und im Auftrage des Mutterträgers, wie das etwa bei Wirtschaftsförderungsgesellschaften, bei Stadtwerken und Abfallbeseitigungsunternehmen der Fall ist, die lediglich als Erfüllungsgehilfen tätig werden", so entfällt nach Stöber⁴⁶² gar die Notwendigkeit, das Rechtsinstitut der Durchgriffshaftung zu bemühen. In diesen Fällen bestehe durchgängig eine unmittelbare Einstandspflicht der Kommune.

Zur Unzulässigkeit einer Haftungsbeschränkung kommen im Ergebnis auch alle übrigen Autoren. Die einen begründen eine Konkursabwendungspflicht⁴⁶³ der öffentlichen Körperschaft für ihre Eigengesellschaft, für die anderen gebietet sich die Haftungsverpflichtung ausschließlich öffentlich-rechtlich aus einer Garantenstellung der öffentlichen Verwaltung, und zwar dergestalt, daß sie verpflichtet sei, "die negativen Folgen der sozialgestaltenden Ak-

⁴⁶²Stöber, NJW 1984, 449 (457)

⁴⁶³Nachweise bei Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 320, FN 146

tivitäten ihrer privatrechtlichen Organisation mitzutragen"⁴⁶⁴.

Wie immer man die Haftung zu begründen vermeint, in der Praxis, so ist jedenfalls festzustellen, spielt der Gedanke, durch Gesellschaftsgründung eine vermögensrechtliche Haftungsbeschränkung herbeizuführen, keine Rolle. Wenn Ehlers⁴⁶⁵ feststellt, daß sich ein Konkurs der Eingengesellschaft kaum lohne, weil die Kommune damit auf lange Zeit ihre Kreditwürdigkeit beeinträchtigen müßte, so ist gelinde das beschrieben, was sich realiter auf der kommunalpolitischen Bühne abspielte. Wäre es doch für die verantwortliche Mehrheit im kommunalen Parlament die Bankrotterklärung im gleichen Maße. Dafür jedenfalls würde die Opposition in Rat oder Kreistag mit Sicherheit Sorge tragen.

f) Sonstige Gründe

Verbleibt abschließend die Notwendigkeit, die übrigen in der Literatur genannten oder angedeuteten Begründungen

⁴⁶⁴ Ehlers, a.a.O., S. 321

Bethge, Staatshaftung für den staatsfreien Rundfunk?
S. 71 ff.

⁴⁶⁵ Ehlers, DÖV 1986, 897 (901)

zumindest summarisch zu erfassen, wobei bereits vorab festzustellen ist, daß eine Praxis-Relevanz nicht besteht.

Zuvörderst zu nennen sind hier zum einen die vermeintlich entfallende Grundrechtsbindung, zum anderen die unterschiedliche Rechtswegbehandlung.

Rechtlich fragwürdig ist die These, daß sich die Kommune in bezug auf ihre privatrechtlich organisierten Verwaltungsträger den Grundrechten entziehen könne⁴⁶⁶ und Rechtsstreitigkeiten ausschließlich vor den ordentlichen Gerichten auszutragen habe.⁴⁶⁷

Was die Grundrechtsbindungen bei wirtschaftlicher Betätigung auch in privaten Rechts- und Organisationsformen angeht, so ist der zunehmend vertretenen Ansicht zu folgen, daß Gemeinden und Gemeindeverbände bei jeglichem privatrechtlichen Handeln - also auch bei erwerbswirtschaftli-

⁴⁶⁶ Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 43

⁴⁶⁷ Leisner, WiVerw 1983, 212 (215 und 224)

cher Betätigung - unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind.⁴⁶⁸

Ob allerdings eine Grundrechtsbindung auch für das privatwirtschaftlich organisierte Unternehmen der Kommune im Zusammenhang mit der Erforschung der Motive für Organisationsprivatisierungen rechtliche Bedeutung erlangt, ist zweifelhaft.

In der Literatur wird die Grundrechtsbindung, bezogen auf Artikel 12 Abs. 1 GG - Berufsfreiheit -, Artikel 14 Abs. 1 GG - Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes - und Artikel 3 Abs. 1 - wirtschaftliche Chancengleichheit -⁴⁶⁹, unter dem Gesichtspunkt der

⁴⁶⁸Stober NJW 1984, 449 (453 f.)

Erichsen in Grimm/Papier, NW Staats- und Verwaltungsrecht, S. 113

v. Münch in Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 II 2

Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32 m.w.N.

Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, § 23, II, b, 1

Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1, Rndnr. 136 ff.

BGH NJW 1985, 197 (200)

BGHZ 52, 325 (327 f.)

⁴⁶⁹vgl. die Zusammenstellung bei Gerke, JURA 1985, 349 (356 f.)

Abwehrmöglichkeiten privater Konkurrenten gegen wirtschaftliche Betätigung der Kommunen behandelt.⁴⁷⁰

Wenn dabei überwiegend festgestellt wird, daß die genannten Grundrechtsbestimmungen keinen Konkurrenzschutz gewähren, auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand bewahren⁴⁷¹, es sei denn, das gemeindliche Unternehmen ist "in unerträglicher Weise auf Verdrängung der Wettbewerber oder gar die Errichtung eines Monopols ausgerichtet"⁴⁷², dann hat - jedenfalls im Rahmen der Darstellung der Motive für die Wahl von privaten Organisationsformen - die Problematik der Grundrechtsbindung - wie

⁴⁷⁰ Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht, Rdnr. 163
Erichsen in Grimm/Papier, NW Staats- und Verwaltungsrecht, S. 175

Habermehl, VR 1987, 105 (109 f.)

Gerke, a.a.O., S. 356 f.

⁴⁷¹ Tettinger, a.a.O., S. 163

Erichsen, a.a.O., S. 175

BVerwGE 39, 329 (336 f.)

BVerwG NJW 1978, 1539 f.

⁴⁷² OVG Münster, NVwZ 1986, 1045 (1046 f.)

Erichsen, a.a.O., S. 175 m.w.N.

Schmidt-Aßmann in v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 168 f.

BVerwGE 39, 329 (337)

Habermehl, a.a.O., S. 110 m.w.N. in FN 47

oben festgestellt -⁴⁷³ keine praktische Relevanz.⁴⁷⁴ Was weiterhin die Rechtswegzuweisung angeht, so muß bezweifelt werden, ob - abgesehen von dem hier nicht zu erörternden Problem der Abwehr einer Konkurrentenklage⁴⁷⁵ - der ordentliche Rechtsweg nach § 13 Gerichtsverfassungsgesetz - GVG - der gemeindlichen Unternehmung eine günstigere Rechtsposition verschafft als der nach § 40 Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO - durch den Amtsermittlungsgrundsatz⁴⁷⁶ geprägte Verwaltungsrechtsweg.⁴⁷⁷

Und bezüglich der dann noch verbleibenden Schlagworte⁴⁷⁸ wie Bürgerpartizipation und Abbau der Bürgerferne⁴⁷⁹ oder

⁴⁷³vgl. die Ausführungen oben, S. 204 ff.

⁴⁷⁴Gerke, a.a.O., S. 357 hält es überhaupt nicht erörterungsbedürftig, "ob die Grundrechte für nicht über das Rechtsinstitut des Verwaltungsprivatrechts eine unmittelbare Drittwirkung entfalten".

⁴⁷⁵Gerke, a.a.O., S. 357 f.

Habermehl, VR 1987, 105 (109 f.)

Ericksen in Grimm/Papier, NW Staats- und Verwaltungsrecht, S. 178 f.

⁴⁷⁶vgl. § 86 VwGO

⁴⁷⁷Umgekehrt eine Rechtsschutzgefährdung des Bürgers mit der Annahme eines Verwaltungsprivatrechts festzustellen - wie Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12, V, Rdnr. 28 dies tut - erscheint gleichermaßen fraglich.

⁴⁷⁸vgl. die Ausführungen oben, S. 115 f.

⁴⁷⁹Stober, NJW 1984, 449 (452)

Akzeptanz und Konsens⁴⁸⁰ muß - ganz abgesehen von der inhaltlichen Unbestimmtheit - bezweifelt werden, ob die Eingengesellschaft hier gegenüber allen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen Nachhaltiges zu leisten im Stande ist.

Dies kann jedoch auf sich beruhen bleiben, denn keineswegs vermögen die zuletzt genannten Gesichtspunkte Gemeinden oder Gemeindeverbände zu bestimmen, private Organisationsformen anzustreben, waren es doch die Bestrebungen der öffentlichen Verwaltung in den letzten Jahrzehnten, in ihren eigenen Strukturen Bürgerferne abzubauen und ein Selbstverständnis als Dienstleistungsbetrieb für die Einwohner und Bürger zu entwickeln.

⁴⁸⁰ Stober, a.a.O., S. 452

KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 33 mit wenig überzeugenden Beispielen, wie Zoo-AG oder Theater-Verein;

F Ü N F T E R T E I L

Kritische Bewertung der Organisationsprivatisierungstendenzen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht

Kein Übermaß an dogmatischer Unterstützung erfährt das Privatisierungsgebaren der Gemeinden und Gemeindeverbände durch die Rechtslehre.

Allein die plakativen Leitsätze von der "Flucht ins Privatrecht", dem "Formenmißbrauch", der "Entfesselung der Verwaltung" oder der "Flucht aus der Hoheitsgewalt"⁴⁸¹ deuten an, in welche Richtung die Bedenken tatsächlicher und rechtlicher Natur zielen.

Andererseits - und das fordert Ossenbühl⁴⁸² energisch - darf der Argwohn auch nicht soweit gehen, der öffentlichen Verwaltung zu unterstellen, sie sei geradezu darauf aus, "sich durch eine Absetzbewegung ins Privatrecht der Grundrechtsbindungen zu entledigen, um Gesetz und Verfas-

⁴⁸¹Schlagworte zusammenstellt von Ossenbühl mit jeweiligen Nachweisen in DÖV 1971, 513 (519)

⁴⁸²Ossenbühl, a.a.O., S. 519

sung auf elegante Weise zu ungehen und sich Freiräume administrativer Willkür und Überwundener exekutiver Selbstherrlichkeit zu erschleichen".

Wo also liegen die Bedenken, die sich gegen eine Verselbständigung vorbringen lassen und welche Schwierigkeiten ergeben sich aus dem Zusammenspiel vom Gemeinwesen und seiner Gesellschaft in der Praxis?

Diese Problematik aufzuzeigen, soll Gegenstand der Erörterungen im Fünften Teil dieser Arbeit sein.

I. Die Handhabung des Subsumtionsprivilegs

Bereits im Dritten Teil dieser Arbeit, in dem es um die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen ging, hat der Verfasser hinlänglich verdeutlicht, wie groß nach übereinstimmender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung die Einschätzungsprärogative⁴⁸³ der Kommune bei der Bestimmung des öffentlichen Zwecks ist, der die Verselbständigung zu rechtfertigen hat.

⁴⁸³vgl. die Ausführungen oben, S. 67 ff.

Und wenn Stern/Püttner⁴⁸⁴ die Befürchtung hegen, daß die Subsumtion unter die Zulässigkeitsnormen vom Ergebnis kommunalpolitischer Mehrheitsentscheidungen bestimmt wird, kommt dies der kommunalen Praxis beängstigend nahe. Liegt doch darin unausgesprochen der Vorwurf, daß die Entscheidung über die Gesellschaftsgründung im Grunde unabhängig von den gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen getroffen wird, jedenfalls vom Ergebnis ausgehend subsumiert wird.

Beinahe zwangsläufig ergibt sich eine derartige Vorgehensweise - und das ist einzugestehen -, sofern der Anstoß seitens der politischen Vertreter erfolgt; Aufgabe der Verwaltung ist es dann, die Forderung "rechtlich zu untermauern".

Aber auch in dem Fall, daß die organisationsstrukturelle Änderung von Seiten der Verwaltung an die kommunale Vertretung zur Beschlußfassung herangetragen wird, ist der Frage nach dem dringenden öffentlichen Zweck oder dem wichtigen Interesse nur nachrangige Aufmerksamkeit geschenkt worden.

⁴⁸⁴ Stern/Püttner, Die Gemeindewirtschaft, S. 72 f., vgl. die Ausführungen oben, S. 70 f.

Hier kontrollierend einzugreifen vermag die zuständige Personalvertretung. Dadurch, daß die Personalvertretung mitzuwirken hat bei der Auflösung, Einschränkung, Verlegung oder Zusammenlegung von Dienststellen oder wesentlichen Teilen von ihnen⁴⁸⁵, kommt es notwendigerweise zumindest hier zur quasi "Inzidenter-Prüfung" der Organisationsänderungsabsicht, wenn auch seitens der Personalvertretung aus ganz anderen Motiven, nämlich der begründeten Furcht, angestammte Arbeitsplätze zu verlieren.

Aufgrund des personalvertretungsrechtlichen Mitwirkungsverfahrens⁴⁸⁶ ist gewährleistet, daß der Gesamtkomplex einschließlich der tatsächlichen und rechtlichen Argumente in öffentlicher Sitzung des Rates bzw. Kreistages oder des von ihnen bestimmten Ausschusses behandelt wird.

⁴⁸⁵vgl. § 73 Ziffer 2 LPVG NW

⁴⁸⁶vgl. § 69 Abs. 1 und 2 i.V.m. Abs. 6 LPVG NW

II. Kritische Anmerkungen zu einigen Motiven wirtschaftlicher Betätigung in den Rechtsformen von Gesellschaften des privaten Rechts

Einige der in sich stimmigen Begründungen für eine Organisationsprivatisierung, die im vorhergehenden Teil dieser Arbeit aufgezeigt wurden⁴⁸⁷, sollen nachfolgend deshalb nochmals aufgegriffen werden, weil vielfach deren Praxistauglichkeit doch erheblich eingeschränkt ist, so daß im argumentativen Umgang damit Vorsicht geboten ist.

1) Die sachkundigen Mitglieder in den Aufsichtsgremien

Nicht unerheblich motivierend in Richtung auf eine Vervollständigung ist der Gedanke der Dezentralisierung zur Minderung der politischen Einflußnahme. Das ist im Dritten Teil umfassend beschrieben.⁴⁸⁸

Die Zielvorgabe, dadurch eine funktionierende, ja besser funktionierende kommunale Unternehmung in Gesellschaftsform mit wirtschaftlich denkenden und von kommunalpoliti-

⁴⁸⁷ vgl. die Ausführungen oben, S. 113 ff.

⁴⁸⁸ vgl. die Ausführungen oben, S. 144 ff.

schen Emotionen unbeeinflussten Aufsichtsratsmitgliedern zu bekommen⁴⁸⁹, scheitert nicht selten an der sicherlich nicht vorwerfbar fehlenden Sachkunde aber dieser Mitglieder im Aufsichtsgremium, denn da es sich um Vertreter des Gesellschafters handelt, rekrutieren sich die Mitglieder aus Rat und Verwaltung, also genau aus den Gremien, denen man wegen vielerlei kommunalpolitischer Verflechtungen und Zwänge die Fähigkeiten wirtschaftlicher Vorgehensweise absprach. Die Folge ist, daß sich am Ende kommunalverfassungsrechtliche Funktionen mit Führungs- und Aufsichtsfunktionen in der Gesellschaft decken. So vereinigt sich das Amt des Oberbürgermeisters mit dem des Aufsichtsratsvorsitzenden und auch Fachausschussvorsitzender, Kämmerer und Fachdezernent findet man mit Sitz und Stimme im Aufsichtsrat wieder, für letzere im übrigen ein lukrativer Nebenverdienst und daher auch aus diesem Grunde erstrebenswert.

Inwieweit eine derartige Personenidentität auch rechtlich unter dem Gesichtspunkt der Ingerenzverpflichtung des Gemeinwesens notwendig ist, wird noch zu erörtern sein⁴⁹⁰, dem Ursprungsgedanken, die Gesellschaftsgründung zu

⁴⁸⁹vgl. die Ausführungen oben, S. 149

⁴⁹⁰vgl. die Ausführungen unten, S. 223 ff.

rechtfertigen, wird die soeben geschilderte Praxis allenfalls rein zufällig, und damit in den seltensten Fällen gerecht.⁴⁹¹

Begegnen ließe sich dieser Negativerscheinung, würde in der kommunalen Praxis ernst gemacht mit dem Rechtsinstitut des sachkundigen Bürgers⁴⁹², wobei es bezüglich der Bestellung von Mitgliedern des Aufsichtsrates oder gleichartiger Organe nicht einmal der zahlenmäßigen Begrenzung im Verhältnis zu den Rats- bzw. Kreistagsmitgliedern bedarf.⁴⁹³ Statt dessen gewährt § 55 Abs. 3 GO NW bzw. § 20 Abs. 5 KrO NW den Kommunen das Recht, anstelle von Ratsmitgliedern andere Personen - eben sachkundige - zu bestellen.⁴⁹⁴

Den Initiatoren der Deutschen Gemeindeordnung war diese Problematik anscheinend wohl bewußt. In § 74 Abs. 2 DGO war festgelegt, daß als Beiräte für jegliche Unternehmen

⁴⁹¹allenfalls dann, wenn der Mandatsträger hauptberuflich im Wirtschaftsleben in vergleichbaren Funktionen tätig ist;

⁴⁹²vgl. § 42 Abs. 3 GO NW und § 32 Abs. 5 KrO NW

⁴⁹³vgl. § 42 Abs. 3, S. 3 und 4 GO NW und § 32 Abs. 5, S. 3 und 5 KrO NW

⁴⁹⁴Körner, Gemeindeordnung NW, § 55, Erl. 3

der Gemeinde "besonders sachkundige Einwohner" zu berufen waren.

In die Positionen von sachkundigen Bürgern berufen die politischen Parteien derzeit "interessierte" Parteimitglieder zur Vorbereitung auf ein Ratsmandat, mithin zum kommunalpolitischen Einstieg, oder verdiente Ratsmitglieder nach langjähriger Tätigkeit, also zur Vorbereitung auf den kommunalpolitischen Abschied.

2) Vernachlässigung des Management-Gedankens

Auch was die größere Flexibilität in der Personalwirtschaft⁴⁹⁵ angeht, sind in der kommunalen Praxis erhebliche Abstriche zu machen.

So ist beispielsweise nicht zu bestreiten, daß lukrative Geschäftsführer-Funktionen doch nicht ohne parteipolitische Einflußnahme ausschließlich nach dem Leistungsprinzip vergeben werden und statt dessen verdienstvolle

⁴⁹⁵vgl. die Ausführungen oben, S. 167 ff.

Parteifreunde aus Verwaltung oder Politik "übergeleitet" werden.⁴⁹⁶

Und auch die zwischenzeitlich selbst von der KGSt empfohlenen Grundsätze für die Gestaltung von Geschäftsführerverträgen nach den allgemeinen Management-Grundsätzen⁴⁹⁷ bahnen sich in der Praxis nur mühsam einen Weg.

Sieht man von dem zuvor geschilderten Besetzungsverfahren ab, vollzieht sich häufig die Konditionierungspraxis noch immer in zwei alternativen Formen.

Entweder es muß die Geschäftsführung aus Ersparnisgründen - abgegolten durch ein kleines Zubrot - vom Mitarbeiter des Gemeinwesens "miterledigt" werden oder, wenn es die Quantität oder die Qualität des Gesellschaftszwecks nicht

⁴⁹⁶ Leisner, WiVerw 1983, 212 (215)

Ehlers, DÖV 1986, 897 (900)

Süss, BayVBl. 1986, 257 (259, FN 18)

KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 12

⁴⁹⁷ vgl. die Ausführungen oben, S. 169 f. unter Bezug auf den

KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 17

zuläßt, erfolgt die Anstellung nach beamtengleichen Konditionen im Hinblick auf Besoldung⁴⁹⁸ und Versorgung⁴⁹⁹.

Ähnliches gilt auch für die nachgeordnete Personalstruktur.

Auch hier ist der Gesellschafter nur selten bereit, qualifiziertes Personal anzuwerben. Nicht zuletzt verhindert dies auch die Personalvertretung mit dem Argument vom indirekten Stellenabbau, der nicht ohne Gegenwehr hingenommen werden könne.⁵⁰⁰

Folglich wird nicht selten Personal der Kommune im Wege eines Gestellungsvertrages oder gar unter Beibehaltung der arbeitsrechtlichen Verbindung mit dem Gemeinwesen der Gesellschaft "zur Verfügung gestellt".

⁴⁹⁸ Einstufung der Gehälter, einschl. Zulagen etc. analog dem Bundesbesoldungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1980 (BGBl. III 2032-1)

⁴⁹⁹ Ansprüche auf Pension dem Grunde und der Höhe nach analog dem Beamtenversorgungsgesetz vom 24.08.1976 (BGBl. III 2030-25)

⁵⁰⁰ zum Rollenverständnis der Personalvertretungen im Rahmen von Vergesellschaftungsabsichten vgl. die Ausführungen oben, S. 212;

3) Die Absicht, Steuern zu sparen

Sicherlich ist es richtig, daß man den Gemeinden und Gemeindeverbänden nicht grundsätzlich verwehren kann, die Möglichkeiten von Steuerersparnissen auf legalem Wege zu nutzen.⁵⁰¹ Soweit und solange der Bundesgesetzgeber für unterschiedliche Organisationsformen öffentlicher Körperschaften, bezogen auf bestimmte Steuerarten, unterschiedliche Steuersätze festlegt⁵⁰², ist der Anreiz dazu vorhanden.

In Wirklichkeit werden aber die Gelder nicht eingespart, und damit in den öffentlichen Kassen vermehrt, sondern lediglich "verschoben"⁵⁰³.

Wenn aber - wie bereits nachgewiesen⁵⁰⁴ - dem Motiv der Steuerersparnis überragende Bedeutung in der Auflistung der vielfachen Begründungen für eine Vergesellschaftung zukommt, besteht die Gefahr, daß eben aus den Gründen der Steuerersparnis die Organisationslösung gewählt wird, mit

⁵⁰¹Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 334

⁵⁰²vgl. die Ausführungen oben, S. 184 ff., z.B. in bezug auf den unterschiedlichen Körperschaftsteuer- und Kapitalertragsteuersatz

⁵⁰³Ehlers, a.a.O., S. 333

⁵⁰⁴vgl. die Ausführungen oben, S. 183

der sich dieses Ziel optimal erreichen läßt, nicht aber diejenige Organisationsform, welche die bestmögliche Wahrnehmung der Aufgabenstellung gewährleistet.⁵⁰⁵

Der Ausweg läge hier in einer gleichmäßigen Besteuerung der privaten Unternehmen sowie der Betriebe gewerblicher Art der Körperschaften des öffentlichen Rechts, da nach übereinstimmender Auffassung in der Literatur⁵⁰⁶ eine unterschiedliche Besteuerung nicht zu rechtfertigen ist. Kommt hinzu, daß derartige Steuerwohltaten "durch Änderung der Steuergesetzgebung und/oder Steuerrechtsprechung oder durch falsche Beurteilung der steuerlichen Gegebenheiten wieder verloren gehen oder entgegen der Erwartung gar nicht erst eintreten"⁵⁰⁷ können.

⁵⁰⁵ Ehlers, Verwaltung in Privat-rechtsform, S. 334
Lüder, Steuerliche Überlegungen, S. 207 (218)
Ehlers, DÖV 1986, 897 (902)

⁵⁰⁶ Ehlers, Verwaltung in Privat-rechtsform, S. 333,
FN 216, m.w.N.

⁵⁰⁷ KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III,
S. 32

III. Die Verpflichtung des Gesellschafters zur Ingerenz

Da wird von "Trabanten"⁵⁰⁸ gesprochen, die infolge Dezentralisation entstehen, deren Steuerung und Kontrolle sich für die Kommune als dem ausschließlichen oder überwiegen- den Gesellschafter schwierig gestaltet, zumindest jeden- falls wird aus einer ins Einzelne gehenden Einflußnahme eine Globalsteuerung.⁵⁰⁹ Wie diese ordnungsgemäß im Hin- blick auf Aufgabenerfüllung als auch Wirtschaftlich- keit⁵¹⁰ wahrzunehmen ist, weiß niemand so recht zu sagen, insbesondere erscheint es schwierig - wenn nicht gar un- lösbar - einen brauchbaren Kompromiß aus notwendiger Ver- selbständigung zur Erzielung von Effizienz und Wirt- schaftlichkeit und steuernder Einflußnahme zu erzielen.

Nur begrenzt hilfreich sind jedenfalls - wie im folgenden aufzuzeigen sein wird - die vom Gesetzgeber geschaffenen Regelungen über die Weisungsgebundenheit kommunaler Ver- treter in Organen von Gesellschaften.⁵¹¹

⁵⁰⁸Becker, Die Verwaltung 1979, 161 (179)

⁵⁰⁹KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 13

⁵¹⁰Püttner, DÖV 1983, 697 (703)

⁵¹¹vgl. § 55 Abs.2 und Abs. 3 GO NW bzw. § 20 Abs. 4 und Abs. 5 KrO NW

1) Das weisungsgebundene Mandat zur Wahrung und Kontrolle der gemeinwirtschaftlichen Zielsetzung

Gleichlautende Bestimmungen in Kreis- und Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen⁵¹² bestimmen für die vom Rat bzw. Kreistag bestellten oder vorgeschlagenen Vertreter, die Mitgliedschaftsrechte der Kommune in Organen, Beiräten oder Ausschüssen von juristischen Personen oder Personenvereinigungen wahrnehmen oder die aufgrund eingeräumten Rechts für die Gemeinde oder den Gemeindeverband zu Mitgliedern des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organs bestellt oder für derartige Funktionen vorgeschlagen werden, daß sie an die Beschlüsse des jeweils obersten Organs und seiner Ausschüsse gebunden sind und daß sie ihr Amt auf deren Beschluß hin jederzeit niederzulegen haben. Der Weisungsgebundenheit unterworfen sind durch die vorgenannten Bestimmungen dem Wortlaut nach die Mitglieder aller denkbaren Organe der nach den §§ 88 ff. GO NW zulässigen Gesellschaftsformen⁵¹³, von der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung über die Aufsichtsräte bis hin zur Geschäftsführung bzw. zum Vor-

⁵¹² vgl. die in der vorhergehenden FN zusammengestellten gesetzlichen Bestimmungen;

⁵¹³ vgl. die Ausführungen oben, S. 91 ff. mit der Zusammenfassung S. 97 f.;

stand. Allerdings verliert das Weisungsrecht insofern inhaltlich an Wert, als es nur soweit und solange durchsetzbar ist, wie "durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist"⁵¹⁴.

Als Kollisionsnormen kommen insbesondere die Bestimmungen des Gesellschaftsrechts in Betracht, so daß abhängig vom zulässigen Gesellschaftstyp aufgezeigt werden muß, ob und in welcher Form der Weisungsgebundenheit Grenzen gezogen sind. Die Untersuchung läßt sich hierbei auf die zulässigen Gesellschaftsformen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁵¹⁵ sowie der Aktiengesellschaft⁵¹⁶ beschränken, weil die darüber hinaus noch zugelassene Form der Kommanditgesellschaft auf Aktien, bei der die Kommune die Stellung eines Kommanditaktionärs innehat⁵¹⁷, in der Praxis bedeutungslos ist.

⁵¹⁴vgl. § 55 Abs. 2, S. 4 i.V.m. Abs. 3 GO NW und § 20 Abs. 4, S. 2 i.V.m. Abs. 5 KrO NW

⁵¹⁵vgl. die Ausführungen oben, S. 91 f.

⁵¹⁶vgl. die Ausführungen oben, S. 91 f.

⁵¹⁷vgl. die Ausführungen oben, S. 92 ff.

a) Weisungsgebundenes Mandat in der Aktiengesellschaft

Formalrechtlich unproblematisch ist die Bindung in der Hauptversammlung.⁵¹⁸ Die vom obersten Organ der Gemeinde oder des Gemeindeverbandes zur Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten entsandten natürlichen Personen sind Vertreter des Gemeinwesens im Rechtssinne. Dies ist unabhängig von ihrem persönlichen Status; die Weisungsgebundenheit besteht für Mitglieder der Vertretungskörperschaft, der Verwaltung sowie für externe Dritte in gleicher Weise.⁵¹⁹

Das gilt nicht für die in den Aufsichtsrat entsandten Mitglieder⁵²⁰; diese sind jedenfalls keine Vertreter der Kommune im Rechtssinn⁵²¹, so daß sich das kommunalverfassungsrechtlich garantierte Weisungsrecht nur auf Mitglieder der Vertretung sowie der Verwaltung erstreckt. Ungeachtet dessen sind hier Konflikte zwischen dem kommunalen

⁵¹⁸ vgl. §§ 118 ff. AktG

⁵¹⁹ KGSt-Bericht Nr. 8/1986, Kommunale Beteiligungen IV, S. 53 i.V.m. S. 51

⁵²⁰ vgl. § 101 Abs. 2 AktG; dazu im einzelnen Nessel Müller, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten, S. 39 ff.

⁵²¹ Das ergibt sich bereits aus der unterschiedlichen Formulierung der Abs. 2 und 3 von § 55 GO NW bzw. der Abs. 4 und 5 von § 20 KrO NW.

Verfassungsrecht und zwingenden Bestimmungen des Gesellschaftsrechts, die als einfaches Bundesrecht Vorrang genießen⁵²², unvermeidlich, denn nach überwiegender Meinung in Rechtsprechung⁵²³ und Literatur⁵²⁴ haben die Mitglieder des Aufsichtsrates ausschließlich die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen, ohne an Weisungen des Entscheidungsberechtigten gebunden zu sein, mit der Folge, daß Beschlüsse, die entgegen solchen Weisungen ergehen, rechtsverbindlich sind.⁵²⁵

Auch die Stellung des Vorstandes ist von Gesetzes wegen weisungsfeindlich. Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft selbständig zu leiten.⁵²⁶ Er wird zwingend vom Aufsichtsrat bestellt und abberufen⁵²⁷

⁵²² Der Vorrang des Bundesrechts ist verfassungsrechtlich in Art. 31 GG normiert.

⁵²³ BGHZ 36, 296 (306) m.w.N.

⁵²⁴ Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rndnr. 725
Körner, Gemeindeordnung NW, § 55, Erl. 4
Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 136
Stober, NJW 1984, 449 (455)
Weiblen/May, GemH 1987, 169 (170)

⁵²⁵ Körner, a.a.O., Erl. 4

⁵²⁶ vgl. § 76 Abs. 1 AktG
Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rndnr. 725

⁵²⁷ vgl. § 84 Abs. 1 AktG

und von diesem bezüglich der Geschäftsführung überwacht.⁵²⁸

b) Weisungsgebundenes Mandat in der Gesellschaft
mit beschränkter Haftung

Immerhin einflußreicher ist die Stellung der Kommune als Gesellschafter einer GmbH. Zur Weisungsabhängigkeit der Vertreter in der Gesellschafterversammlung gilt das zur Hauptversammlung der Aktiengesellschaft Festgestellte entsprechend.⁵²⁹ In bezug auf die übrigen Organe gestaltet sich de lege lata im GmbH-Recht die mögliche Einflußnahme wegen des stark personerrechtlchen Einschlages des Gesellschaftstyps⁵³⁰ infolge der Dispositionsfreiheit im Gesellschaftsvertrag großzügiger.

Die Geschäftsführung ist im Gegensatz zu der weitgehend unabhängigen Stellung des Vorstandes der Aktiengesellschaft auf die Befugnisse, wie sie im Gesellschaftsvertrag festgelegt sind, beschränkt bzw. an Beschlüsse des

⁵²⁸ vgl. § 111 Abs. 1 AktG

⁵²⁹ vgl. die Ausführungen oben, S. 222 f.

⁵³⁰ Nessel Müller, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten, S. 33

Weiblen/May, GemH 1987, 169 (170)

Treder, GemH 1986, 145 (146)

Gesellschafter gebunden.⁵³¹ Die organschaftliche Vermischung kann sogar soweit gehen, daß Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt werden.⁵³² Die soeben geschilderte Einflußnahme des Gesellschafter erstreckt sich auch aufgrund gesellschaftsvertraglicher Dispositionsbefugnis auf einen fakultativen Aufsichtsrat dadurch, daß die Bestimmungen über den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft lediglich dann Anwendung finden, "soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist"⁵³³.

Lediglich die Stellung der Mitglieder des obligatorischen Aufsichtsrates⁵³⁴ ist der Aktiengesellschaft entsprechend⁵³⁵, nicht zuletzt wohl wegen der anteiligen Mitgliedschaft der Vertreter der Arbeitnehmer.⁵³⁶

⁵³¹ vgl. § 37 GmbHG

⁵³² vgl. § 6 Abs. 3 GmbHG

⁵³³ vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG

⁵³⁴ Die Verpflichtung zur Bildung eines Aufsichtsrates ergibt sich aus § 77 BetrVG 1952 für Gesellschaften mit beschränkter Haftung dann, wenn mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt werden und die GmbH nicht dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montanmitbestimmungsgesetz oder dem Mitbestimmungs- Ergänzungsgesetz unterfällt.

⁵³⁵ vgl. § 77, S. 2 BetrVG 1952

⁵³⁶ vgl. § 76 Abs. 1 BetrVG 1952

c) Abberufung der Mandatsträger

Die Vertreter in den Gesellschafter- bzw. Hauptversammlungen können jederzeit vom Gesellschafter wieder abberufen und durch andere natürliche Personen ersetzt werden. Für die entsandten Mitglieder im Aufsichtsrat bestimmt sich deren jederzeitige Ablösung bei der Aktiengesellschaft nach § 103 Abs. 2 AktG, bei der GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat über die Verweisung des § 77 BetrVG 1952 ebenfalls nach § 103 Abs. 2 AktG. Soweit ein fakultativer Aufsichtsrat bestellt ist, sind die Regelungen im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung maßgeblich. Spezielle Regelungen für die Abberufung des Vorstandes der Aktiengesellschaft enthält § 84 AktG, wonach die Bestellung auf 5 Jahre limitiert und die Abberufung aus wichtigem Grund jederzeit möglich ist.

Zwingende Regelungen dieser Art enthält das GmbH-Gesetz im Hinblick auf die Position des Geschäftsführers nicht. Insofern bedarf es auch hier spezifischer Regelungen im Gesellschaftsvertrag oder jeweils im Einzelfall speziell ausgehandelter Geschäftsführerverträge.

d) Resümee

Die vorstehenden Ausführungen ermöglichen einige grundsätzliche Thesen zu den Ingerenzbefugnissen der Kommunen in bezug auf ihre Eigengesellschaften.

Soweit die Rechtsform der GmbH gewählt wird, besteht zumindest die Möglichkeit, durch entsprechende Gesellschaftsvertragsgestaltung die Einwirkungsmöglichkeiten auf alle Organe so festzulegen, daß Verwaltungszweck und Gesellschaftszweck nicht gegenläufige Entwicklungen nehmen. Allein aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen sind dagegen die Einflußmöglichkeiten auf die Organe der Aktiengesellschaft erheblich eingeschränkt, was eine größere Verselbständigung im Verhältnis zum Gemeinwesen zur Folge hat.

Um dennoch der Verpflichtung⁵³⁷ der Kommunen, ihren Einfluß gegenüber gesellschaftsrechtlichen Zwängen Geltung

⁵³⁷ An der insoweit bestehenden Verpflichtung besteht kein Zweifel. V. Loebell, Gemeindeordnung NW, § 55, Erl. 15, weist zu Recht daraufhin, daß im Gesetzentwurf 8/3140 in § 89 Abs. 1 Ziffer 3 GO NW die Verpflichtung zur Einflußnahme ausdrücklich enthalten war, dann aber ob ihrer Selbstverständlichkeit wieder gestrichen wurde.

zu verschaffen, hat es mehrfach Versuche gegeben, die Wertigkeitsfolge der Bestimmungen über das weisungsgebundene Mandat nach Kommunalrecht und die zwingenden Vorschriften des Gesellschaftsrechts entgegen der ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Forderung⁵³⁸ zu verändern.⁵³⁹

Die dafür angeführten Argumente - von der Fortgeltung des § 70 Abs. 2 DGO bis zum Vorrang des öffentlichen Rechts - vermögen, wie Schmidt-Jortzig⁵⁴⁰ zu Recht feststellt, nicht zu überzeugen. Jedenfalls ist das auch die Auffassung, die im neueren Schrifttum⁵⁴¹ vertreten wird.

⁵³⁸ vgl. Art. 31 GG, sowie die Ausführungen oben, S. 222 f.

⁵³⁹ Nessel Müller, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten, S. 73 ff.

⁵⁴⁰ Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rndnr. 726 m.w.N.

⁵⁴¹ Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 135 f. m.w.N.

Stober, NJW 1984, 449 (455)

Weiblen/May, GemH 1987, 169 m.w.N. in FN 10

2) Andere Überlegungen zur Sicherung der kommunalen Ingerenz- oder Einwirkungsbefugnisse

a) Die konkrete Festlegung des Gesellschaftszwecks

Steht und fällt wie beschrieben die Einwirkung auf Organe der GmbH mit den konkreten Regelungen im zugrundeliegenden Gesellschaftsvertrag, so liegt es auch im Geltungsbereich des Aktiengesetzes nahe, Ingerenzbefugnisse in gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen festzulegen.

So gilt es für GmbH wie AG gleichermaßen, den mit der Gesellschaft verfolgten öffentlichen Zweck⁵⁴² der Aufgaben- auslagerung, an dem sich sodann alle Gesellschaftsorgane zu orientieren haben, eindeutig - zumindest so eindeutig wie möglich - festzulegen.⁵⁴³ Wenn Rübner⁵⁴⁴ dazu kritisch anmerkt, daß es nicht möglich sei, in Satzungs- bestimmungen mehr als nur allgemeine Richtlinien zu fassen, da " die Erfordernisse des Gemeinwohls nicht nur wech- seln, sondern auch von den verschiedenen politischen An- schauungen verschieden gesehen werden", so ist das nur

⁵⁴² vgl. die Ausführungen oben, S. 71 ff.

⁵⁴³ Ehlers, DÖV 1986, 897 (904)

Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 104 a, VI

⁵⁴⁴ Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 258

bedingt richtig. Sicherlich ist der gesellschaftsrechtliche Handlungsrahmen, bestimmt durch den Zweck der Unternehmung, nur global zu beschreiben, er gewinnt jedoch an Bestimmtheit dadurch, daß er mit dem Kompetenzkatalog und dem Aufgabengliederungsplan der Gemeinde oder des Gemeindeverbandes jederzeit abgeglichen werden kann. Kompetenzüberschneidungen mit dem Gemeinwesen oder anderen Zuständigkeitsträgern auf der einen Seite, der Nachweis der Unzuständigkeit auf der anderen Seite, zeigen der Gesellschaft sehr wohl die Grenzen ihres Handlungsspielraumes auf.

So kann beispielsweise eine Gesellschaft für Abfallbeseitigung mbH, deren einziger Gesellschafter ein Kreis ist, bei der Bestimmung des mit der Gesellschaftsgründung verfolgten öffentlichen Zwecks diesen ausschließlich unter Beachtung der formellen wie materiellen Vorgaben des Abfallgesetzes bzw. des Landesabfallgesetzes NW⁵⁴⁵ festlegen.

Wenn folgerichtig dann im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, daß Gegenstand der Gesellschaft die Errichtung und der Betrieb von Abfallbeseitigungsanlagen und die Betei-

⁵⁴⁵vgl. die Ausführungen oben, S. 131 f.

ligung an derartigen Unternehmen auf eigenen oder fremden Grundstücken sowie die Durchführung aller mit dem Betrieb von Abfallbeseitigungsanlagen zusammenhängenden Maßnahmen und Zweck der Gesellschaft die Bildung eines flächen-deckenden Netzes von Abfallbeseitigungsanlagen für das Kreisgebiet ist, so halten sich Gegenstand und Zweck im Rahmen der Kompetenzzuweisung des Landesabfallgesetzes NW.⁵⁴⁶

**b) Übersicht über die spezifisch aktiengesetzlichen
Einwirkungsmöglichkeiten**

Zur Sicherung der Einflußrechte auf die kommunale Aktiengesellschaft wird zuvörderst der Abschluß eines Beherrschungsvertrages⁵⁴⁷ zwischen Kommune und Gesellschaft empfohlen, durch den der Vorstand weisungsabhängig wird. Voraussetzung ist, daß der Kommune die Stellung eines herrschenden Unternehmens⁵⁴⁸ eingeräumt ist.

⁵⁴⁶vgl. § 1 Abs. 2 Landesabfallgesetz NW

⁵⁴⁷vgl. § 291 AktG

⁵⁴⁸vgl. § 17 Abs. 1 AktG

Der BGH⁵⁴⁹ hat die Frage, ob juristische Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere Gebietskörperschaften, von der Anwendung der für herrschende Unternehmen geltenden Vorschriften auszunehmen seien, grundsätzlich verneint, soweit tatsächlich unternehmerische Ziele verfolgt werden.⁵⁵⁰

Richtig ist allerdings⁵⁵¹, daß in der Praxis derartige Beherrschungsverträge nicht abgeschlossen werden. In diesen Fällen gilt das "Recht des faktischen Konzerns"⁵⁵², allerdings mit der Folge eingeschränkter Weisungsbefugnisse.⁵⁵³

Wirkungsvollere Kontrolle ermöglicht in solchen Fällen die Gründung einer Holding-Gesellschaft, unter deren Dach die Tochtergesellschaften insgesamt einer durchgängigen

⁵⁴⁹ BGHZ 69, 334

in Zweifel ziehend: Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 169

⁵⁵⁰ Püttner, JA 1980, 218

⁵⁵¹ Ehlers, DÖV 1986, 897 (904)

⁵⁵² Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 143 f.

⁵⁵³ vgl. § 311 AktG

Ehlers, DÖV 1986, 897 (904)

Engel, Mittelbare Kommunalverwaltung, S. 171 f.

Kontrolle unterworfen werden⁵⁵⁴, zumal Holding-Konzepte - wie bereits erläutert - auch aus Gründen der Gewinn- und Verlustverrechnung von den Kommunen angestrebt werden.⁵⁵⁵

Auf die Möglichkeit der Einflußnahme mittels Konzessionsvertrages, allerdings beschränkt auf das Entscheidungsfeld Versorgung und Verkehr, sei der Vollständigkeit halber hingewiesen.⁵⁵⁶

c) Die Wirtschaftlichkeitskontrolle

Neben der reinen Aufgabenerfüllungskontrolle besteht für die Kommunen, wenn es um die Wahrnehmung der Ingerenzverpflichtungen geht, auch die Verpflichtung zur Prüfung des wirtschaftlichen Gebarens in Form einer Wirtschaftlichkeitskontrolle, die jedoch keine besonderen Probleme aufwirft. Klare Regelungen finden sich diesbezüglich im kom-

⁵⁵⁴vgl. §§ 15 ff., 291 ff. AktG

Püttner, JA 1980, 218 (219)

Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rndnr. 730

Kritisch dazu: Stober, NJW 1984, 449 (455)

⁵⁵⁵vgl. die Ausführungen oben, S. 62 ff.

⁵⁵⁶Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rndnr. 727 m.w.N., vgl. dazu im einzelnen: Püttner, JA 1980, 218 und Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 104 a, VII, 2

munalen Verfassungsrecht⁵⁵⁷ bzw. werden über kommunalverfassungsrechtliche Verweisungsvorschriften für anwendbar erklärt.⁵⁵⁸

Danach steht der Kommune, soweit sie über eine bestimmte Anteilsgröße an der Gesellschaft verfügt, das Recht zu, die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung prüfen zu lassen⁵⁵⁹, darüber hinaus konkrete Aussagen durch den Abschlußprüfer zur Rentabilität, zu den Verlustursachen und den Ursachen für den Jahresfehlbetrag zu verlangen⁵⁶⁰ sowie sich den Prüfungsbericht der Abschlußprüfer, bei Konzernen den der Konzernabschlußprüfer, unverzüglich nach Eingang übersenden zu lassen.⁵⁶¹

Außerdem kann sich die Kommune im Gesellschaftsvertrag das Recht der jederzeitigen Unterrichtung der eigenen

⁵⁵⁷ vgl. § 89 Abs. 1, Ziffer 3 GO NW, § 89 Abs. 2 i.V.m.

Abs. 1, Ziffer 3 GO NW, § 89 Abs. 4 i.V.m.

Abs. 1, Ziffer 3 GO NW

⁵⁵⁸ vgl. § 90 GO NW i.V.m. §§ 53, 54 Haushaltsgrundsätzegesetz-HGrG-

⁵⁵⁹ vgl. § 53 Abs. 1, Ziffer 1 HGrG

⁵⁶⁰ vgl. § 53 Abs. 1, Ziffer 2, Buchst. a, b, und c
HGrG

⁵⁶¹ vgl. § 53 Abs. 1, Ziffer 3 HGrG

Rechnungsprüfungsbehörde⁵⁶² über die wirtschaftliche Betätigung durch Einsicht in den Betrieb, die Bücher und die Schriften des Unternehmens einräumen lassen.⁵⁶³

d) Resümee

Fest steht nach alledem, daß ungeachtet der Tatsache, daß die Aktiengesellschaft ohnehin nur für umfängliche Typen öffentlicher Unternehmungen aufgrund ihrer Kompliziertheit und wegen des erforderlichen Mindestkapitals in Betracht zu ziehen ist⁵⁶⁴, die Wahrnehmung der kommunalen Einwirkungsverpflichtung zur Wahrung des öffentlichen Interesses sich tatsächlich und rechtlich problematisch gestaltet.

Wo eine "allzu weitgehende Verselbständigung"⁵⁶⁵ nicht in Betracht kommt, scheidet diese Rechtsform daher aus.

⁵⁶² bei Gemeinden und Gemeindeverbänden das Rechnungsprüfungsamt und der Rechnungsprüfungsausschuß, vgl.

§ 41 i.V.m. § 43 GO NW bzw. § 44 KrO NW

⁵⁶³ vgl. § 54 Abs. 1 HGrG

⁵⁶⁴ Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 261

⁵⁶⁵ Rüfner, a.a.O., S. 261

Ehlers⁵⁶⁶ geht soweit, daß er überhaupt die Form der Aktiengesellschaft gemieden wissen will. "Gleiches gilt für Holding-Gesellschaften und ähnliche vertikale Verschachtelungen"⁵⁶⁷.

Sieht man von den steuerlichen Vorteilen⁵⁶⁸ ab, so hätten derartige Konstruktionen "infolge der Mediatisierung aber fast immer eine Versickerung der öffentlichen Zwecksetzung bei den Tochterunternehmen und entsprechende Einwirkungsverluste der Kommune zur Folge"⁵⁶⁹.

Soweit es sich um kommunale Eigengesellschaften - also um ausschließliche Anteilseignerschaft - handelt, ist eine so weitgehende Empfehlung überzogen.

Bei mittelbaren Beteiligungen, insbesondere an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen⁵⁷⁰, gewinnt das Argument der mangelnden Einflußnahme mit abnehmender Anteilseignerschaft zunehmend an Bedeutung, und hier insbesondere

⁵⁶⁶ Ehlers, DÖV 1986, 897 (905)

⁵⁶⁷ Ehlers, a.a.O., S. 905

⁵⁶⁸ vgl. die Ausführungen oben, S. 62 ff. und S. 184 ff., insbesondere S. 187 ff.

⁵⁶⁹ Ehlers, a.a.O., S. 905

⁵⁷⁰ vgl. die Ausführungen oben, S. 59 ff., insbesondere S. 60 f.

dann, wenn, bezogen auf die Aktiengesellschaft, für die Kommune bei der Besetzung des Aufsichtsrates kein Entscheidungsrecht⁵⁷¹, sondern lediglich ein Vorschlagsrecht für die Hauptversammlung⁵⁷² besteht und, bezogen auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, keine originären Aufsichtsratssitze im Gesellschaftsvertrag festgelegt sind, so daß die Aufsichtsratsmitglieder auf Vorschlag der Gesellschafter durch die Gesellschaftersversammlung gewählt werden.⁵⁷³

Um dennoch im Wissen um den restriktiv gestalteten Normenkatalog im Gesellschaftsrecht das Optimum an Ingerenzbefugnissen zu erhalten, muß rechtzeitig Einfluß genommen werden auf die Personalentscheidungen in der Gesellschaft. Dies gilt für die Vorstands- bzw. Geschäftsführerpositionen wie für die Aufsichtsratsmandate im gleichen Maße. So geht es bei der Auswahl der Geschäftsführer bzw. Vorstände darum, "eine Persönlichkeit zu finden, die sowohl den wirtschaftlichen Sachverstand besitzt, ein großes Unternehmen zu leiten, als auch ein gewisses Verständnis und Interesse für die Probleme und Wünsche der

⁵⁷¹vgl. § 101 Abs. 2 AktG sowie die Ausführungen oben, S. 222

⁵⁷²vgl. § 101 Abs. 1 AktG

⁵⁷³vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 101 Abs. 1 AktG

Gemeinde als Kapitaleigner und politische Instanz aufbringt"⁵⁷⁴.

Dies zu bewerkstelligen, bedarf es einer ebenfalls sorgfältigen Auswahl der Vertreter im Aufsichtsrat, für die neben einer bestimmten Qualifikation zur Wahrnehmung einer wirklichen Kontrollfunktion⁵⁷⁵ die Rückkoppelung zur entsendenden Kommune eine Selbstverständlichkeit sein müßte, ungeachtet der oben beschriebenen fehlenden Weisungsbefugnis⁵⁷⁶, denn Druckmittel ist hier allenfalls die jederzeitige Abberufungsmöglichkeit.⁵⁷⁷

Wern allgemein festgestellt wird, daß von Gesetzes wegen "die bestehenden Einwirkungsrechte trotz der aufgezeigten Begrenzungen im wesentlichen für eine wirksame Kontrolle ausreichen, wenn nur die Zielvorgabe klar genug gefaßt ist und die Kontrollmittel zielstrebig eingesetzt wer-

⁵⁷⁴ Nesselmüller, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten, S. 33, m.w.N.

⁵⁷⁵ Nesselmüller, a.a.O., S. 33; vgl. dazu aber auch die kritischen Ausführungen oben, S. 213 ff.

⁵⁷⁶ vgl. die Ausführungen oben, S. 222

⁵⁷⁷ vgl. die Ausführungen oben, S. 228 f.

den"⁵⁷⁸, so kann man sich dem anschließen. Kommt es dennoch zu einem Autonomieübermaß, ist das die Konsequenz einer mangelhaften Steuerung seitens der Praktiker.

3) Praktische Aspekte zur Kontroll- und Einwirkungsverpflichtung, insbesondere die "Defizitproblematik"

In der ausgewogenen Handhabung der Ingerenzregeln liegt das Problem der kommunalen Praxis. Zu Recht weist Püttner darauf hin, daß mangels genauer Zielvorgaben und "der Neigung der Volksvertretungen und Exekutivspitzen, in Normalzeiten kaum eine Kontrolle walten zu lassen, aber in kritischen Einzelfällen über Gebühr in die Unternehmen hinein zu regieren"⁵⁷⁹, die Einflußnahme unberechenbar ist.

Dabei ist zu beobachten, daß jedenfalls die Aktiengesellschaft ein von der Kommune beinahe unbeeinflußtes Eigenleben führt.

⁵⁷⁸Püttner, DÖV 1983, 697 (703) unter Hinweis auf Schuppert und dessen Gutachten zur Kontrollierbarkeit öffentlicher Unternehmen, Drucksache 9/4545 der Hamburger Bürgerschaft;

⁵⁷⁹Püttner, a.a.O., S. 703

Von der gesetzlichen Möglichkeit der kontinuierlichen Berichterstattung in den Organen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft⁵⁸⁰ wird in der Regel einzig aus Anlaß der jährlichen Haushaltsberatungen bei der Absegnung der Wirtschaftspläne der Eigen- bzw. Beteiligungsgesellschaften Gebrauch gemacht.

Aber auch das Gebaren der Kommunen gegenüber Gesellschaften mit beschränkter Haftung wird den Ingerenzanforderungen nicht gerecht. Schuld daran ist nicht zuletzt die bereits oben beschriebene "Abschiebe-Einstellung"⁵⁸¹ gegenüber nicht öffentlichkeitswirksamen Materien. Hinzu tritt eine Ursache, die der Verfasser als die "Defizitproblematik" bezeichnen und nachfolgend beschreiben möchte.

Abgesehen vom Bereich der öffentlichen Versorgung sind beinahe alle Gesellschaftszwecke unter marktwirtschaftli-

⁵⁸⁰ vgl. §§ 394, 395 AktG

⁵⁸¹ vgl. die Ausführungen oben, S. 162 ff.

chen Aspekten nicht lukrativ⁵⁸², so daß die Jahresabschlußbilanzen durch den Gesellschafter abzudeckende Fehlbeträge ausweisen.

Verlustabdeckungsverpflichtet ist die Kommune, die ihrerseits die erforderlichen Mittel nur über den ordentlichen Haushalt zur Verfügung stellen kann, sei es im Wege einer zusätzlichen Kreditaufnahme, sei es durch Entzug der Mittel aus den Haushaltsstellen der allgemeinen Verwaltung.

Mangels Kommunikation über Sach- und Strukturprobleme der Gesellschaft reduziert sich der Entscheidungsspielraum der Abgeordneten der kommunalen Vertretungskörperschaften auf Gedanken zur Einsparung zum Zwecke der Verlustabdeckung.

Geraten in der Folge die Abgeordneten, die zugleich in den Gesellschaftsgremien vertreten sind, in einen Zielkonflikt, was die Interessenwahrnehmung angeht⁵⁸³, ver-

⁵⁸²Das Problem "öffentliche Aufgabe versus Gewinnerzielung"-vgl. Püttner, DÖV 1983 697, (700)- insbesondere bei der Beurteilung des Merkmals "öffentlicher Zweck" i.S.v. § 89 Abs. 1, Ziffer 1 GO NW- vgl. insoweit die Ausführungen oben, S. 74 ff.- stellt sich in den wenigsten Fällen.

⁵⁸³Neubauer, GemH 1981, 3 (4)

lieren die übrigen Parlamentarier aufgrund nicht ordnungsgemäß wahrgenommener Ingerenzbefugnisse im laufenden Haushalts- und Wirtschaftsjahr die ihnen kommunalverfassungsrechtlich garantierte Grundsatzkompetenz.⁵⁸⁴

Zugleich entstehen auf diese Weise Kommunalvertreter unterschiedlicher Wertigkeit, zum einen diejenigen, die aufgrund ihres Aufsichtsratsmandates umfassende Mitwirkungsbefugnisse haben und daneben diejenigen, die für verbleibende Restkompetenzen der allgemeinen Verwaltung zuständig sind und ansonsten für die Aufbringung der Verlustabdeckungsmittel einzustehen haben. Der "Klassenun-

⁵⁸⁴vgl. § 28 Abs. 1 GO NW-Allzuständigkeit des Rates,
§ 20 Abs. 1 KrO NW-Grundsatzzuständigkeit des Kreistages;

terschied" wird durch über die normale Aufwandsentschädigung hinausgehende Tantiemen unterstrichen.⁵⁸⁵

Was die leistungsfähige Personalstruktur in Führung und Unterbau angeht, sind auch dieser vielfach aufgrund der defizitären Finanzlage Grenzen gesetzt. So ist teils eine eigene Geschäftsführung sowie ein funktionsfähiger Unterbau nicht vorhanden.

Statt dessen wird beides durch Begründung von Doppelarbeitsverhältnissen der allgemeinen kommunalen Verwaltung entliehen, so daß auch hier, ähnlich wie bei den Abgeordneten, zweierlei Kategorien von Mitarbeitern entstehen, die von den übrigen ob ihrer Besoldungs- und Dienstauf-

⁵⁸⁵ Neben dem Ersatz des Verdienstausfalls erhalten Mitglieder der kommunalen Vertretungen eine angemessene Aufwandsentschädigung, die teilweise als Sitzungsgeld gezahlt werden kann (vgl. § 30 Abs. 4 und 5 GO NW bzw. § 22 Abs. 4 und 5 KrO NW); die Einzelheiten regelt die Verordnung über die Entschädigung der Mitglieder kommunaler Vertretungen und Ausschüsse (Entschädigungsverordnung-EntschVO). Die von den Gesellschaften gezahlten Sitzungsgelder und Aufwandsentschädigungen stehen den in der Entschädigungsverordnung genannten Höchstbeträgen zumeist nicht nach, übertreffen im Gegenteil die Höchstbeträge nach Kommunalrecht z.T. augenfällig.

sichtsprivilegien beargwöhnt, gar beneidet werden⁵⁸⁶, zumal, wie oben dargelegt⁵⁸⁷, die Finanzmittel für die Gesellschaft durch Beschneidung der Sach- und Personalkosten bei der Kommune abgezogen werden und damit der Bewegungsrahmen der ausschließlich Kommunalbediensteten zugunsten der Gesellschaft und deren Beschäftigten eingeengt wird.

⁵⁸⁶Funk, Die Besorgung öffentlicher Aufgaben, S. 31, spricht vom "Diskriminierungseffekt".

⁵⁸⁷vgl. die Ausführungen oben, S. 217 f.

S E C H S T E R T E I L

Schlußbetrachtungen

Schlußfolgerungen zu ziehen und - wie gar eingangs ins Auge gefaßt - den Versuch zu machen, Handhabungsregelungen vorzuschlagen, die den Bedürfnissen der kommunalen Organisationspraxis Rechnung tragen, bereitet auch nach Ausbreitung der gesamten Palette der Motive und der umfassenden teils massiven Kritik an den überzogenen Vergesellschaftungstendenzen am Ende doch erhebliche Schwierigkeiten.

Den hier untersuchten Problembereich dadurch kurzer Hand einer Lösung zuzuführen, indem man einem eigenen Recht der öffentlichen Gesellschaften das Wort redet, ist schon in den frühen fünfziger Jahren hinlänglich erörtert und

dann letztlich wieder fallengelassen worden⁵⁸⁸, jedenfalls ist der Gesetzgeber den entsprechenden Anregungen nicht gefolgt. Lediglich Büchner⁵⁸⁹ und Janson⁵⁹⁰ haben in neuerer Zeit nochmals den Versuch unternommen, von der Notwendigkeit der eigenen Rechtsform für öffentliche Unternehmen zu überzeugen.

So soll nach Janson als neu zu schaffende Rechtsform eine öffentlich-rechtliche Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorgesehen werden, Büchner favorisiert eine "Kommunalgesellschaft". Beide Modelle sind von dem schätzenswerten Gedanken getragen, die Ingerenzbefugnisse der Kommune zu verbessern.

⁵⁸⁸ Püttner, DÖV 1983, 697 (703) unter Bezug auf einen im Jahre 1954 von Friedrich Zeiß unterbreiteten Vorschlag für die Rechtsform eines "Eigenunternehmens"; Scheffold, VOP 1985, 28 ff und 101 (102)

Scholz/Pitschas, HKWP 5, S. 128 (131)

Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 247, der Bezug nimmt auf ein dem Zweiten Deutschen Bundestag durch die damalige FDP vorgelegten Gesetzentwurf über die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand-BT-Drs. II/2712.

Eine Zusammenfassung der wesentlichen Vorschläge gibt Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 383 ff..

⁵⁸⁹ Büchner, Die rechtliche Gestaltung, S. 253 ff.

⁵⁹⁰ Janson, ZögU 1980, 208 ff.

ders. HKWP 5, S. 194 ff.

Um dieses Ziel zu erreichen, bedarf es jedoch keiner grundsätzlichen Änderung der Gesetzeslage, vielmehr sollten die Untersuchungen zeigen, daß die bestehende Rechtslage durchaus hinlängliche Instrumentarien zur Kontrolle und Einwirkung offeriert, daß lediglich die praktische Handhabung, beginnend mit der nicht sorgfältig durchgeführten Prüfung der Organisationsprivatisierungsnotwendigkeit und endend mit der nicht ausreichenden Wahrnehmung der Ingerenzbefugnisse, Mängel aufweist.

Hieraus Lehren zu ziehen und sodann Empfehlungen auszusprechen, heißt, die Praxis aufzufordern, ernst zu machen mit der Subsumtion der Zulässigkeitsmerkmale für die wirtschaftliche Betätigung, nämlich mit dem Nachweis des dringenden öffentlichen Zwecks sowie der in § 88 Abs. 1, Ziffer 1, 2. Halbsatz GO NW normierten Funktions-sperre.⁵⁹¹

Die ernsthafte Rückbesinnung auf die traditionell öffentlich-rechtlichen Organisationsformen trotz Wahlfreiheit⁵⁹² würde verdeutlichen, daß bei richtiger Anwendung

⁵⁹¹vgl. die Ausführungen oben, S. 81 ff.

⁵⁹²vgl. die Ausführungen oben, S. 11 ff.

ausreichender und erfolgversprechender Handlungsspielraum zur Verfügung steht.

Kritische Ansätze zur Stärkung des Verwaltungsbewusstseins, die einer Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung entgegenzuarbeiten geeignet sind⁵⁹³, lassen sich in der neueren Literatur bereits aufspüren; vielleicht sind sie die Folge der ersten Negativverfahren überzogener Organisationsprivatisierungen der Vergangenheit.

So formuliert gar ein Kommunalpolitiker⁵⁹⁴ zum Problemkreis der vergesellschafteten Wirtschaftsförderung⁵⁹⁵:

"Wer eine derartige Philosophie⁵⁹⁶, wie sie zum Beispiel auch vom baden-württembergischen Landkreistag empfohlen wird, in das Gewand einer Wirtschaftsförderungsgesellschaft kleiden möchte, um den leitenden Wirtschaftsförderern einen größeren Handlungsspielraum und mehr Urab-

⁵⁹³KGSt-Bericht Nr. 7/1987, Kommunale Beteiligungen III, S. 11;

Zur Verhinderung einer Verwaltung des Restbestandes vgl. die Ausführungen oben, S. 243 f.;

⁵⁹⁴Pinkwart, das Rathaus, 1986, 646 (648 f.)

⁵⁹⁵also der Privatisierungsmaterie ersten Ranges nach Versorgung und Verkehr, vgl. die Ausführungen oben, S. 134 ff.

⁵⁹⁶gemeint ist eine erfolgreiche Wirtschaftsförderung

hängigkeit vom politisch-administrativen Tagesgeschäft zu verschaffen, erreicht eher das Gegenteil. Im Zweifel werden zusätzliche bürokratische Barrieren errichtet und die Verwaltung von ihrer Pflicht entbunden, sich als Dienstleister für Bürger und Wirtschaft zu begreifen. Klimaverbesserungen in der Wirtschaft sind nur zu erzielen, wenn alle Beteiligten an einem Strang ziehen. Ist dies gegeben, verfügt ein in der Verwaltungsspitze an prominenter Stelle angesiedelter Wirtschaftsförderungsmanager über den notwendigen Freiraum innerhalb der Verwaltung und ausreichende Unterstützung aus dem politischen Raum. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, wird auch einer Wirtschaftsförderungsgesellschaft wenig Erfolg beschieden sein."

Derartige Aussagen, gerade von kommunalpolitischen Vertretern, lassen hoffen, daß den Verselbständigungswünschen in der Zukunft mehr Kritik entgegengebracht

wird⁵⁹⁷, die den Verwaltungsorganisator veranlaßt, über die Anwendung der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen, ihre Brauchbarkeit und Anpassungsbedürftigkeit nachzudenken.

Tendenzen in Richtung auf eine Nachbesserung sind zu erkennen. Wenn die KGSt⁵⁹⁸ einerseits darauf verweist, daß das Amt nach wie vor als die Regelform der kommunalen Aufgabenerledigung angesehen werden sollte, andererseits empfiehlt, vor grundsätzlichen Umorganisationen zu prüfen, ob nicht "der betreffenden Einrichtung im Rahmen der Ämterorganisation und des Haushalts größere Autonomie eingeräumt wird", so geht das in die vom Verfasser gewünschte Richtung.

⁵⁹⁷ So hat beispielsweise die kreisfreie Stadt Mönchengladbach kürzlich ihre Wirtschaftsförderungsgesellschaft mbH aufgelöst mit der Begründung, eine erfolgreiche Wirtschaftsförderung sei nur erreichbar bei einer engen Zusammenarbeit mit den jeweiligen Ämtern der Stadtverwaltung. Die Informationen, die seitens der Gesellschaft nötig gewesen seien, habe sie von der Stadtverwaltung und den dort Beschäftigten nicht in ausreichendem Maße erhalten.

⁵⁹⁸ KGSt-Bericht Nr. 7/1986, Kommunale Beteiligungen III, S. 11

Praktisch verwirklicht hat in einem ersten Schritt diesen Gedanken der weitergehenden Autonomie im Rahmen der Ämterorganisation beispielsweise der Märkische Kreis im Zuge einer Neuorganisation der Abfallwirtschaft auf der Grundlage eines Gutachtens der WIBERA⁵⁹⁹. Als Kompromiß zwischen den wirtschaftlichen Erfordernissen einer technisch organisierten Abfallentsorgung⁶⁰⁰ und kommunalpolitisch verantwortlicher Mitwirkung wurde empfohlen, dem Amt für Abfallbeseitigung alle Kompetenzen der Querschnittsämter⁶⁰¹ und der Kämmerei zu übertragen und die Fachämter des Kreises nur noch in Ausnahmefällen hinzuzuziehen.

Selbst wenn aber die Amtsstruktur die erfolgreiche Aufgabenerledigung nicht gewährleistet, verbleibt die Organisationsform des Eigenbetriebes, das Organisationsmodell zwischen " Verwaltungs- und Unternehmensstruktur"⁶⁰².

⁵⁹⁹WIBERA, Briefgutachten vom 15.03.1984 "Neuorganisation der Abfallbeseitigung des Märkischen Kreises", S. 10

⁶⁰⁰vgl. die Ausführungen oben, S. 129 ff. über die Verwaltungsunverträglichkeit des Betriebes eines Müllheizkraftwerkes

⁶⁰¹Hauptamt, Personalamt, Organisationsamt

⁶⁰²Scholz/Pitschas, Die Gemeindewirtschaft zwischen Verwaltung und Unternehmerstruktur

Mit dem Eigenbetrieb stellt das kommunale Wirtschaftsrecht eine Organisationsform zur Verfügung, die effektives Handeln in kommunaler Verantwortung ermöglicht.⁶⁰³ Sie gewährleistet durch weitgehend selbständige und eigenverantwortliche Betriebsführung der Werkleitung sowie mit der Bildung eines Werksausschusses bei weitgehenden Vollmachten und der Anwendung eines auf die Belange eines Wirtschaftsbetriebes abgestellten Rechnungswesens die Voraussetzungen für unternehmerische und marktgerechte Handlungsfähigkeit und auch einen kurzen Instanzenweg, mit dem die zu treffenden Entscheidungen rasch herbeigeführt werden können. Die Befreiung von formalen und sachlichen Zwängen der typischen Hoheitsverwaltung sowie eine jederzeit greifbare Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation als wesentliche Grundlage für die zu treffenden unternehmerischen Entscheidungen und erforderlichen Rationalisierungsmöglichkeiten tun ein übriges.

Allerdings setzt der erfolgreich operierende Eigenbetrieb eine den individuellen Bedürfnissen angepasste Betriebs-satzung voraus, in der umfassend von den in der Gemeinde-

⁶⁰³ Süß, BayVBl 1986, 257 (261)

ordnung und Eigenbetriebsverordnung⁶⁰⁴ eingeräumten Befugnissen Gebrauch gemacht wird.

Darüber hinaus bedarf - was nicht zu verkennen ist - das Eigenbetriebsrecht einiger Nachbesserungen.⁶⁰⁵

Abgesehen von Kompetenzerweiterungen für die Betriebsorgane geht es insbesondere um eine Verbesserung der Kooperationsmöglichkeiten mit gleichfalls öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmungen, aber auch und gerade mit privaten Unternehmern, und das über kommunale, wenn erforderlich auch Ländergrenzen hinweg.⁶⁰⁶

Erhalten dennoch private Organisationsformen im konkreten Einzelfall nach Abwägung aller öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkte unter Darlegung wirklich überzeugender Motive den Vorzug, so geht es schließlich darum, eine "zweckmäßige Organisation der Beteiligungsverwaltung"⁶⁰⁷ bei der Kommune zu schaffen. Dies ist um so dringlicher,

⁶⁰⁴ vgl. § 93 Abs. 1 und 2 GO NW i.V.m. § 1 EigBetrVO NW

⁶⁰⁵ Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 399 ff.

⁶⁰⁶ Schefold, VOP 1985, 28 ff. und 101 (104)

⁶⁰⁷ KGSt-Bericht Nr. 9/1985, Kommunale Beteiligungen II, S. 13

je umfangreicher die Organisationsprivatisierungen und damit die Beteiligungsverhältnisse sind.

Die in der kommunalen Praxis angetroffenen Organisationsformen sind in ihrer Ausschließlichkeit der Zuordnung in der einen wie in der anderen Form nicht überzeugend. So berücksichtigt die Betreuung der Beteiligungen durch das jeweilige Fachamt unzureichend die Belange der aktuellen Haushaltswirtschaft, umgekehrt wäre eine Bündelung der Beteiligungsüberwachung durch die jeweiligen Kämmerer mit dem Risiko der Problemreduzierung auf Finanzfragen behaftet.

Inwieweit es deshalb angebracht ist, bei entsprechender Größenordnung ein Amt für Beteiligungen⁶⁰⁸ zu begründen, zumindest aber einen Beteiligungsreferenten mit unmittelbarer Zuordnung zum Hauptverwaltungsbeamten⁶⁰⁹ zu beru-

⁶⁰⁸ KGSt-Bericht Nr. 9/1985, Kommunale Beteiligungen II, S. 16 f.

⁶⁰⁹ KGSt-Bericht a.a.O., S. 17;
im übrigen sind derartige Ansätze in der Praxis bereits erkennbar; vgl. etwa die Abteilung 202- wenn auch noch in die Finanzverwaltung integriert- des Dezernatsverteilungs- und Verwaltungsgliederungsplanes des Märkischen Kreises, Anlage 3, S. 266; tatsächlich arbeitet diese Abteilung unmittelbar dem Behördenleiter zu.

fen, erscheint wegen der aufgezeigten Ingerenzprobleme für alle Gemeinden wie Gemeindeverbände überlegenswert, sofern in der Folge ein funktionsfähiges Zusammenspiel zwischen Verwaltungsführung, Fachdezernent und Finanzverwaltung erreicht wird.

Anlagen

Seite:

1. Verwaltungsgliederungsplan der KGSt für Städte	259
2. Verwaltungsgliederungsplan der KGSt für Kreise der Größenklasse 1 (über 250 000 E)	260
3. Dezernatsverteilungs- und Verwaltungs- gliederungsplan des Märkischen Kreises - Stand: 1. Januar 1983	261
4. Wertgrenzen, Vergabearten und Zuständigkeiten (Allgemeine Beschaffungen)	262
5. Wertgrenzen, Vergabearten und Zuständigkeiten (Beschaffungen und Baumaßnahmen Müllver- brennungsanlage und Deponien)	263

Verwaltungsgliederungsplan der KGSt

1	2	3	4	5	6	7	8
Allgemeine Verwaltung	Finanzverwaltung	Rechts-, Sicherheits- und Ordnungsverwaltung	Schul- und Kulturverwaltung	Sozial-, Jugend- u. Gesundheitsverwaltung	Bauverwaltung	Verwaltung für öffentliche Einrichtungen	Verwaltung für Wirtschaft und Verkehr
10 Hauptamt	20 Kämmerer	30 Rechtsamt	40 Schulverwaltungsamt	50 Sozialamt	60 Bauverwaltungsamt	70 Stadtreinigungsamt	80 Amt für Wirtschaft- u. Verkehrsförderung
11 Personalamt	21 Kasse	31 ¹⁾	41 Kulturamt	51 Jugendamt	61 Stadtplanungsamt	71 Schlacht- und Viehhof	81 Eigenbetriebe
12 Statistisches Amt	22 Steueramt	32 Ordnungsamt	42 Bibliothek	52 Sportamt	62 Vermessungs- u. Katasteramt	72 Marktamt	82 Forstamt
13 Presseamt	23 Liegenschaftsamt	33 Einwohner- u. Meldesamt	43 Volkshochschule	53 Gesundheitsamt	63 Bauordnungsamt		
14 Rechnungsprüfungsamt	24 Amt für Verteilungsleistungen	34 Standesamt	44 Musikschule	54 Krankenhäuser	64 Wohnungsförderungsamt		
		35 Versicherungsamt	45 Museum	55 Ausgleichsamt	65 Hochbauamt		
		36 ¹⁾	46 Theater		66 Tiefbauamt		
		37 Feuerwehr	47 Archiv		67 Grünflächenamt		
		38 Zivilschutzamt					

¹⁾ nicht besetzt

Verwaltungsgliederungsplan Größenklasse 1 (über 250000 E)

1	2	3	4	5	6	7	8
Allgemeine Verwaltung	Finanzverwaltung	Rechts-, Sicherheits- und Ordnungsverwaltung	Schul- und Kulturerwaltung	Sozial- und Gesundheitsverwaltung	Bauverwaltung	Verwaltung für öffentliche Einrichtungen	Verwaltung für Wirtschaft und Verkehr
10 Hauptamt (+ 12, 13, 15)	20 Kämmererei (+ 23)	30 Rechtsamt	40 Schulverwaltungsamt	50 Sozialamt	61 Planungsamt		80 Amt für Wirtschaftsförderung (+ 81, 82, 83)
11 Personalamt	21 Kasse	32 Ordnungsamt (+ 31, 33, 35)	41 Kulturrat (+ 42, 43, 44, 45, 47, 48)	51 Jugendamt (+ 52)	62 Vermessungs- u. Katasteramt		
14 Rechnungs- und Gemeindeprüfungsamt	24 Amt für Verteidigungsleistungen ¹⁾	36 Straßenverkehrsamt		53 Gesundheitsamt ¹⁾	63 Bauordnungsamt (+ 65)		
		38 Amt für Zivilschutz- und Rettungswesen		54 Amt für Krankenanstalten ¹⁾	64 Wohnungsbau-förderungsamt		
		39 Veterinärat		55 Ausgleichsamt ¹⁾	66 Tiefbauamt (+ 70)		

¹⁾ sowie Aufgaben übertragen sind

Anmerkung:

Der Aufgabenbestand der Organisationseinheiten ergibt sich aus der Organisationsziffer in Verbindung mit der entsprechenden Organisationsziffer des Aufgabengliederungsplans, die zusätzlich zugewiesen (gebündelt) Aufgabengruppen sind, jeweils in Klammern unter der Amtsbezeichnung aufgeführt.

Wertgrenzen, Vergabearten und Zuständigkeiten
(Allgemeine Beschaffungen)

Anlage 2

Lfd. Nr.	Veranschlagter Wert des Auftrages bzw. Auftragshöhe einschl. MWSt. über	Art der Vergabe *)	Einholen von Angeboten	Vorprüfung RPA	Vergabeentscheidung trifft
1	300 DM	freihändig	nicht erforderlich	nein	Sachgebietsleiter
2	300 DM	freihändig	formlose Preisermittlung (3 Angebote)	nein	Abteilungsleiter/Amtsleiter In den Vergabestellen 1 und 5 a Sachgebietsleiter
3	3.000 DM	beschränkte Ausschreibung	mindestens 3 Angebote	nein	Amtsleiter In den Vergabestellen 1 und 5 a Abteilungsleiter
4	5.000 DM	beschränkte Ausschreibung	mindestens 4 Angebote	ja	Amtsleiter In den Vergabestellen 1 und 5 a Abteilungsleiter
5	10.000 DM	beschränkte Ausschreibung	mindestens 5 Angebote	ja	Fachdezernent/Dezernent In den Vergabestellen 1 und 5 a Abteilungsleiter
6	20.000 DM	beschränkte Ausschreibung; wenn es der Einzelfall rechtfertigt, öffentliche Ausschreibung	mindestens 5 Angebote; öffentliche Ausschreibung in den im Märkischen Kreis vertretenen Tageszeitungen, soweit erforderlich auch in Fachzeitschriften und in überregionalen Zeitungen	ja	Dezernent In den Vergabestellen 1 und 5 a Amtsleiter
7	50.000 DM	beschränkte Ausschreibung; wenn es der Einzelfall rechtfertigt, öffentliche Ausschreibung	mindestens 5 Angebote; öffentliche Ausschreibung in den im Märkischen Kreis vertretenen Tageszeitungen, soweit erforderlich auch in Fachzeitschriften und in überregionalen Zeitungen	ja	Oberkreisdirektor In den Vergabestellen 1 und 5 a Dezernent
8	100.000 DM	beschränkte oder öffentliche Ausschreibung	mindestens 5 Angebote; öffentliche Ausschreibung in den im Märkischen Kreis vertretenen Tageszeitungen, soweit erforderlich auch in Fachzeitschriften und in überregionalen Zeitungen	ja	Oberkreisdirektor In der Vergabestelle 5 a auf Empfehlung des Fachausschusses

*) gilt nicht, wenn die Finanzart der Leistung oder das Material eine Abweichung rechtfertigen.

**Wertgrenzen, Vergabearten und Zuständigkeiten
(Beschaffungen und Baumaßnahmen Müllverbrennungsanlage und Deponien)**

Lfd. Nr.	Veranschlagter Wert des Auftrages bzw. Auftragshöhe einschl. MWSt. über	Art der Vergabe	Einholen von Angeboten	Vorprüfung RPA	Vergabeentscheidung trifft
1	500 DM	freihändig	nicht erforderlich	nein	Sachbearbeiter, in unaufschiebbaren Fällen Betriebsleiter MVA
2	500 DM	freihändig	formlose Preisermittlung (3 Angebote)	nein	Sachbearbeiter
3	3.000 DM	beschränkte Ausschreibung	mindestens 3 Angebote	nein	Sachbearbeiter
4	5.000 DM	beschränkte Ausschreibung	mindestens 4 Angebote	ja	Sachbearbeiter
5	10.000 DM	beschränkte Ausschreibung	mindestens 5 Angebote	ja	Amtsleiter
6	20.000 DM	beschränkte Ausschreibung; wenn es der Einzel- fall rechtfertigt, öffentliche Aus- schreibung	mindestens 5 Angebote; öffentliche Ausschreibung in den im Märkischen Kreis vertretenen Tageszeitungen, soweit erforderlich auch in Fachzeitschriften und in überregionalen Zeitungen	ja	Amtsleiter
7	30.000 DM	beschränkte Ausschreibung - wenn es der Einzel- fall rechtfertigt, öffentliche Aus- schreibung	mindestens 5 Angebote; öffentliche Ausschreibung in den im Märkischen Kreis vertretenen Tageszeitungen, soweit erforderlich auch in Fachzeitschriften und in überregionalen Zeitungen	ja	Dezernent
8	100.000 DM	beschränkte oder öffentliche Ausschreibung	mindestens 5 Angebote; öffentliche Ausschreibung in den im Märkischen Kreis vertretenen Tageszeitungen, soweit erforderlich auch in Fachzeitschriften und in überregionalen Zeitungen	ja	Oberkreisdirektor auf Empfehlung des Fachausschusses

1 263 1

Lebenslauf

Am 20. April 1947 wurde ich als Sohn des Bundesbahn-Oberamtsrates Kurt Haupt und seiner Ehefrau Hildegard in Alme, jetzt Brilon, geboren.

Die Volksschule besuchte ich von 1953 bis 1957 in Bestwig und Düsseldorf, das Gymnasium in Hagen bis zum Abitur im Jahre 1966. Nach Ableistung des Wehrdienstes studierte ich Rechtswissenschaft von 1968 bis 1970 in Köln und von 1970 bis 1972 in Münster.

Vor dem Prüfungsamt beim OLG Hamm legte ich im Sommer 1972 das erste juristische Staatsexamen ab, im Sommer 1975 bestand ich nach Absolvierung der Referendarzeit in Bielefeld und Münster die zweite juristische Staatsprüfung.

Von 1976 bis 1986 war ich als Dezernent bei der Kreisverwaltung des Märkischen Kreises tätig, zuletzt in der Stellung eines Leitenden Kreisrechtsdirektors.

Am 3. Dezember 1986 wählte mich der Rat der Stadt Mönchengladbach zum Beigeordneten für Umweltschutz und Öffentliche Einrichtungen.

